Der

§ 326 des BGB.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Eduard Muelenz
Gerichtsassessor.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1903.

Fräulein Auguste Bock.

Einleitung.

Seite.

Erster Abschnitt.

Der Tatbestand des § 326 BGB.

I. Die Fristsetzung.

1. Die nicht rechtzeitige Bewirkung der ganzen Leistung.

§ 1. a) Der Verzug mit der obliegenden Leistung . . . . . 15—18

§ 2. b) Die angemessene Frist . . 19—36

§ 3. 2. Die teilweise Nichtbewirkung der Leistung . . . . . 36—43

§ 4. II. Das fehlende Interesse an der Erfüllung des Vertrages . . . . . 43—47

Zweiter Abschnitt.

Die Wirkungen dieses Tatbestandes.

I. Die Befugnisse des § 326 BGB. im einzelnen.

§ 5. 1. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung . . . . . 48—63

§ 6. 2. Der Rücktritt vom Vertrage . . 64—67

§ 7. II. Die Befugnisse des § 326 BGB. in ihrem Verhältnis zu einander . . 68—72

Litteratur.

Adler, Die Umgestaltung des deutschen Handelsrechts (in Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, VI. Jahrgang 1897, Seite 106 ff. und Seite 168 ff.

Adler, Zum Rechte des Termingeschäfts (im Archiv für Bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann. Band 17 1899, Seite 132 ff.)

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das deutsche Reich. Jena 1898.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin (bei Guttentag) 1896.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 1. u. 2. Aufl. Halle 1899.

Deutsche Juristen-Zeitung. Herausgegeben von Laband, Stenglein u. Staub. Jahrg. 1899, 1901 u. 1902.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Mannheim 1900.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig, Verlag von Veit & Comp.

Erler, „Bedarf es im Falle des § 326 BGB." etc. (in der Zeitschrift „Das Recht". Herausgegeben von Soergel. 1901. S. 421 ff.)

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. 2. Aufl. Berlin 1901.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. VI. Band: Materialien zum HGB. Berlin 1897.

Jacobi, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung in §§ 325, 326 BGB. Inaugural-Dissertation. Würzburg 1902.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das deutsche Reich. Jena 1900.

Kisch, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Ihering's Jahrbücher Band 44, IV.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich. Jena 1900.

Krückmann, Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisses. Im Archiv für zivilistische Praxis. Band 90. Tübingen 1900.

Lehmann, Gustav, Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Dresden 1891.

Lehmann und Ring, Das HGB. für das deutsche Reich. Berlin 1901.

Leo, Frage aus dem Rechte des Kaufvertrages (in der Beilage zur Hanseatischen Gerichtszeitung, 1900, Nr. 2, S. 21 ff.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. für des deutsche Reich. Berlin (bei Guttentag) 1888.

Neumann, Handausgabe des BGB. 2. Aufl. Berlin 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zum BGB. Herausgegeben von Biermann, Gareis etc. Berlin 1899).

Oertmann, Vorteilsausgleichung bei Schadenersatzansprüchen. Berlin 1901.

Planck, BGB. 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1. und 2. Auflage. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Spahn und Gebhard. Berlin (bei Guttentag) 1897.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig 1900 folgende.

Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 1. Fristbestimmung. Stuttgart 1901.

Schöller. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. (in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Band 44, Seite 603 ff., Band 45, Seite 511 ff.)

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältuisse (im Kommentar zum BGB. Bearbeitet von Hölder etc. München 1899.

Schreier, Die Lehre des BGB. von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miete. Inaug.-Dissert. Köln 1898.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung. 8. Auflage, Band I. München 1902.

Staffel, Zur Erläuterung der §§ 325, 326 BGB. im Archiv für die Zivilistische Praxis. Band 92. Tübingen u. Leipzig 1902.

Staub, Kommentar zum HGB. 6. und 7. Auflage. Berlin 1900.

Thödter, Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über den gegenseitigen Vertrag. Inaug.-Dissert. Erlangen 1899.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht (im Archiv für die Zivilistische Praxis. Herausgegeben von Franklin, Rümlin etc. 92. Band. Tübingen und Leipzig 1901. S. 1 ff.)

Windscheid, Pandekten. 7. Auflage. Frankfurt a. M. 1891.

Einleitung.

Das gemeine Recht kennt die Rücktrittsbefugnis infolge schuldnerischen Verzuges nicht. Nach ihm kann in der Regel nur dann vom Vertrage abgegangen werden, wenn das Interesse an der Leistung infolge des Verzuges verloren gegangen, oder mit anderen Worten, der Zweck des Schuldverhältnisses für den Gläubiger nicht mehr erreichbar ist.[1]

Der erste Entwurf eines BGB. hatte sich im wesentlichen an diese Grundsätze angeschlossen. Er gab in seinem § 369 Abs. 2 dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen im Falle des Verzuges des anderen Kontrahenten das Recht zum Rücktritt vom Vertrage, jedoch nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung, dass die Leistung zufolge des Verzuges für ihn das Interesse verloren hat, der Rücktritt in concreto durch das Interesse des Gläubigers also gerechttertigt ist.[2]

Der Entwurf hatte aber diesen Grundsatz nicht durchzuführen vermocht, sondern ihn für Miete und

1) Vgl. Windscheid § 380, Note 1; Lehmann S. 4 ff.

2) Motive Bd. II, S. 310.

Pacht (§ 529), beim Diensvertrage (§ 566) und beim Werkvertrage (§ 569) durchbrochen. Die Regel hatte daher hauptsächlich nur für Kauf oder Tausch Bedeutung. Beim Kauf aber führt sie zu unbilligen Härten gegen den Verläufer, welcher, da sich bei Geldleistungen kaum jemals sagen lassen wird, dass sie kein Interesse für den Gläubiger haben, stets genötigt wird, ein rechtskräftiges Urteil gegen den nicht zahlenden Schuldner zu erstreiten,, ehe sich ihm die Möglichkeit bietet, von dem Vertrage wieder loszukommen.[3]

In der zweiten Lesung wurde dieser enge Standpunkt verlassen, da er dem im Volke lebenden Rechtsbewusstsein nicht entsprach, welchem der Grundsatz des gemeinen Rechts, dass Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritt berechtige, stets fremd geblieben war.[4] In Anknüpfung an die Regeln des älteren deutschen und des neueren französchen Rechts und der vom alten HGB (Artikel 354 bis 356) angebahnten Rechtsentwickelung folgend, wurde dem Gläubiger allgemein für gegenseitige Verträge weiter die Befugnis gegeben, ohne Rücksicht auf sein Interesse dem im Verzuge befindlichen Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf er gleichfalls vom Vertrage zurücktreten kann.[5] [6] [7]

3) Protokolle Band I, S. 644.

4) Protokolle I, S. 644 f.

5) Denkschrift zum Entwurf eines BGB., S. 49.

6) Die Entstehungsgeschichte des § 326 BGB. Der § 369 des Entwurfs I lautete:

„Ist die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so hat der Gläubiger die

Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder von dem Vertrage zurückzutreten. Ist die Leistung nur teilweise unmöglich geworden, so steht dem Gläubiger das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Teil der Leistung für ihn kein Interesse hat."

„Das Gleiche gilt in dem im § 243 [Nichtleistung seitens des rechtskräftig verurteilten Schuldners] bezeichneten Falle, sowie dann, wenn die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat".

„Auf das Rücktrittsrecht finden die Vorschriften des §§ 426 bis 431, 433 [Vertragsmässiges Rücktrittsrecht] entsprechende Anwendung."

Bei der zweiten Lesung lagen zu Absatz 2 vier Anträge vor, von denen nur Antrag 1 und 2 in Frage kommen, da Antrag 3 und 4 abgelehnt wurden (vgl. Protokolle I, S. 642 ff.):

1. als § 369a zu bestimmen:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der Schuldner in Verzug gekommen, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung zu bestimmen. Erfolgt die Leistung innerhalb der Frist nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Hat die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse, so bedarf es nicht der Bestimmung einer Frist. Ist die Leistung innerhalb der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so finden die Vorschriften des § 247 Abs. 2 [Verzugswirkuugen] und des § 369 Abs. 1, Satz 2 Anwendung."

2. den § 369a zu fassen:

„Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er Erfüllung nebst Schadensersatz

wegen verspäteter Erfüllung oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten will."

„Will der Gläubiger statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten, so muss er dies dem Schuldner anzeigen und ihm dabei noch eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten bestimmen. Hat die Leistung etc. (wie im Antrage 1)."

Die Kommission entschied sich für den in den Anträgen 1 und 2 eingenommenen Standpunkt, hielt eine sachliche Verschiedenheit nicht für vorliegend und überwies dieselben der Redaktions-Kommission.

In der 100. Sitzung (vgl. Protokolle II, S. 62—64) wurde die Einschaltung eines weiteren Paragraphen beantragt: § 369a [1]: „Ist in den Fällen der §§ 369, 369a die dem einen Teile obliegende Leistung nur teilweise unmöglich geworden oder nur teilweise nicht bewirkt, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit (nach Massgabe des § 224e, Abs. 2 oder des § 247, Abs. 2) zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat".

Die Redaktions-Kommission hat die §§ 369, 369a und 369a[1] in die §§ 276, 277 des zweiten Entwurfs zusammengezogen, welche wörtlich mit den §§ 325, 326 BGB. übereinstimmen. — Bemerkenswert ist nur, dass die Worte im § 326, Abs. 1, Satz 2: „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen," im Entwurf des § 369a fehlen.

7) Der § 326 BGB. hat in Theorie und Praxis bereits mannigfache Streitfragen gezeitigt. Das Reichsgericht hat jedoch schon klärend in den Streit der Meinungen eingegriffen.

Erster Abschnitt.

Der Tatbestand des § 326 BGB.

I. Die Fristsetzung.

1. Die nicht rechtzeitige Bewirkung der ganzen Leistung.

§ 1.

a) Der Verzug mit der obliegenden Leistung.

Während die §§ 286 ff. des BGB. die Folgen des Verzuges für alle Schuldverhältnisse regeln, bestimmt der § 326 BGB. die besonderen Wirkungen, welche der Verzug bei gegenseitigen Verträgen auf den Inhalt des Schuldverhältnisses ausübt.[1]

[1] Die Denkschrift zum HGB. S. 372 führt aus: „Die Vorschriften der Artikel 354 bis 356 über den Erfüllungsverzug bei Handelskäufen, die nicht Fixgeschäfte sind, werden künftig durch den § 326 BGB. ersetzt, welcher das im HGB. anerkannte dreifache Wahlrecht des nichtsäumigen Teils: Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage mit einzelnen Abweichungen auf den bürgerlichen Verkehr ausdehnt".

Für die Auslegung des § 326 BGB. ist daher die über die Art. 354 bis 356 erwachsene Litteratur von

Damit der nichtsäumige Teil die Befugnisse aus § 326 geltend machen kann, ist zunächst erforderlich, dass der säumige Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist.

I. Unter der „obliegenden Leistung" ist nur diejenige Leistung zu verstehen, welche die eigentliche Gegenleistung, das eigentliche Äquivalent für die Leistung des nichtsäumigen Teiles bildet. Auf andere Verpflichtungen findet der § 326 keine Anwendung.[2]

Bedeutung. Wie aus denselben das allgemeine Prinzip des § 326 hervorgegangen ist, so sind auch in den ergangenen Erkenntnissen Ausflüsse desselben Gedankens zu sehen. (Vgl. Düringer u. Hachenburg II., S. 120.)

[2] Das ist bestritten. I. Schöller (Bd. 45, S. 545) meint, dass im Zweifel sämtliche Verbindlichkeiten, die der eine Teil durch den gegenseitigen Vertrag übernehme, mit sämtlichen Verbindlichkeiten des anderen Teiles im Verhältnis der Gegenseitigkeit ständen, und für sie § 326 normieren. — So will auch Cosack (Bürgerl. Recht I, § 130, VI, 3) auf den Verzug in der Abnahme den § 326 anwenden. Verkäufer habe in diesem Falle nicht bloss die Rechte, die ein Schuldner gegenüber dem in Annahmeverzug geratenen Gläubiger habe, sondern ausserdem die Rechte eines Gläubigers gegenüber einem in Erfüllungsverzug geratenen Schuldners; denn der Käufer sei in Ansehung der Annahme nicht blos Gläubiger, sondern auch Schuldner. — Ähnlich Lehmann u. Ring (II, S. 115): In der Nichtabnahme liege eine Unterlassung der dem Käufer obliegenden Leistung. Insofern könne auch verschuldeter Annahmeverzug des Käufers einen Leistungsverzug desselben darstellen, und der Verkäufer könne neben den §§ 373, 374 HGB. die Bestimmungen des § 326 BGB. für sich verwenden. — Ebenso Düringer und

II. Der Wortlaut des § 326 lässt darüber keinen Zweifel, dass Voraussetzung der Wirksamkeit der Fristsetzung ist, dass bei ihrem Zugehen an den Schuldner

---

Hachenburg II, S. 134. — Vgl. auch OLG. Posen, Urteil vom 3. XII. 00, Rechtspr. II, S. 33 und OLG. Hamburg, Urteil vom 1. II. 01, Rechtspr. II, S. 217 und vom 12. VII. 01, Rechtspr. IV, S. 22 und Rechtspr. IV, S. 233, OLG. Marienwerder u. Karlsruhe, Rechtspr. VI, S. 50 ff.

II. A. M. ist Staub, Exkurs zu § 374, Anm. 140 ff., der für den Kauf nur auf die eigentlichen Hauptleistungen — die Übergabe der Ware und die Zahlung des Kaufpreises — den § 326 zur Anwendung bringen will. Nur diese Auffassung entspreche den Vorschriften der Art. 354—356, welche zur Voraussetzung gehabt hätten, dass die beiden Kontrahenten mit ihrer eigentlichen wirtschaftlichen und begrifflichen Gegenleistung im Verzuge seien. Bei sonstigen Nebenleistungen fänden nur die allgemeinen Regeln vom Verzuge Anwendung; insbesondere gelte dies von dem Falle, dass Käufer mit der Abnahme im Verzuge sei. Es ständen in diesem Falle, da gleichzeitig Annahmeverzug d. h. Gläubigerverzug vorliege, dem Verkäufer die Rechte aus § 373 HGB. und aus den betreffenden Vorschriften des BGB. zu. — Vgl. ROHG. IX, S. 81, XI, S. 105, XII, S. 57.

III. Für den Fall des Abnahmevezuges schliesse ich mich der Ansicht Staubs an, da die Abnahmepflicht sich regelmässig nicht als Gegenleistung darstellt. Ebenso LG. Berlin, Urteil vom 1. XI. 00 in der Zeitschrift „das Recht“ 1900, S. 495, OLG. Stuttgart, Rechtspr. VI, S. 48 und Romeick S. 56 ff., der sogar behauptet, die Abnahme sei eine Leistung im Sinne des BGB. überhaupt nicht; unter „Abnehmen“ verstehe das Gesetz den technischen Begriff der tatsächlichen

dieser im Verzuge ist.[3] Ist zur Begründung des Verzuges Mahnung erforderlich, so kann die Fristsetzung mit dieser Mahnung verbunden werden.[4 5 6]

III. Der nicht säumige Teil muss den Leistungsverzug beweisen.

Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akt der „Übergabe", die Abnahme sei nur eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung.

Bei sonstigen Nebenleistungen kommt es auf den einzelnen Fall an, da diese die eigentliche Gegenleistung bilden können. Staubs Ausdrücke „Haupt- und Nebenleistung" sind überhaupt nicht glücklich gewählte. So auch Goldmann-Lilienthal S. 385, Anm. 34.

Im Falle des Annahmeverzuges ist der nichtsäumige Teil überhaupt nicht berechtigt, die Befugnisse aus § 326 auszuüben. — Vgl. ROHG. XI, S. 105, XXII, S. 7 und LG. Darmstadt, Urteil vom 1. V. 01, Hessische Rechtspr. II, S. 61.

3) Dagegen wollen Dernburg II, § 98, IV, 3, Cosack, BR. I, § 123, III, 1a und Düringer und Hachenburg II, S. 148 in Anlehnung an das frühere Recht — vgl. ROHG. X, S. 241; XII, S. 285; XXIII, S. 170 — vorher abgegebene Erklärungen des Gläubigers, wenn sie nicht zurückgenommen würden, als nach Eintritt des Verzuges fortwirkend ansehen. Vgl. OLG. Hamburg Urteil v. 14. IV. 02. SA. 57, S. 443 ff. RG. Urteil v. 11. VII. 02. Bd. 52 Nr. 40 S. 150 ff. Dies ist gegenüber der strikten Vorschrift des neuen Rechts abzulehnen. Vgl. Staub, Exk. xu § 374, Anm. 84.

4) Vgl. ROHG. XXIII, S. 170 und Staub, Exk. zu § 374 Anm. 83.

5) Das nähere Eingehen auf den Schuldnerverzug liegt nicht im Rahmen der vorliegenden Arbeit.

6) a. Der § 326 findet auch auf die Fälle Anwendung, in denen der Leistungspflicht zwar eine ge-

§ 2.

b. Die angemessene Frist.

I. Ist beim gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug geraten, so ist damit der Erfüllungsanspruch des anderen Teiles noch nicht beseitigt. Vielmehr hat die allgemeine Regel, dass Verzug zum Schadensersatz, verpflichtet, (§ 286 Abs. 1 BGB.), nur das zur Folge, dass neben der Erfüllung Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten ist. Dagegen können die weitergehenden Befugnisse des § 326 erst beansprucht werden, wenn die Erfüllung als die natürliche Lösung des Schuldverhältnisses ausgeschieden ist. Diese Ausscheidung der Erfüllung geschieht nach dem Absatz 1 des § 326 durch Bestimmung einer angemessenen Frist

---

wisse Unbestimmtheit anhaftet, es aber lediglich von dem Willen des Schuldners abhängt, durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung oder abzugebende Erklärung die Leistung zu einer bestimmten zu machen, insbesondere wenn Schuldner die an sich ziffermässig bestimmte Leistung um den Betrag ihm zustehender Gegenforderungen kürzen darf. Vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 6. VII. 01. Juristische Wochenschrift 1901 S. 647.

b. Bei gegenseitigen Verträgen kann auch, wegen positiver Vertragsverletzungen des einen Teiles, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, ohne die dem Verletzenden obliegende Leistung unmöglich zu machen, der andere Teil unter entsprechender Anwendung des § 326 vom Vertrage zurücktreten. Vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 6. III. 03. Band 54, Nr. 29. S. 98 ff.

mit der Androhung, dass nach dem Ablaufe der Frist die Annahme der Leistung werde abgelehnt werden.[1]

1. Der nicht säumige Teil ist nicht gehindert, zunächst die nachträgliche Erfüllung zu verlangen und dann davon wieder abzugehen und eine der Befugnisse des § 326 geltend zu machen, selbst wenn er bereits auf Erfüllung Klage erhoben hat; es käme denn § 268, Nr. 3 CPO. zur Anwendung. Dies muss nach neuem Recht um so mehr gelten, als selbst nach Erlass des rechtskräftigen Urteils auf Erfüllung der Gläubiger, falls der Schuldner die Leistung binnen der ihm vom Gläubiger gesetzten angemessenen Frist nicht bewirkt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann (§§ 325 Abs. 2, 283 BGB.).[2]

2. An sich ist der Erfüllungsanspruch – abgesehen von der Verjährung – an eine Zeitgrenze nicht gebunden. Doch wird man im Einzelfalle dem nichtsäumigen Teil eine unbillig späte Ausübung seiner Rechte versagen müssen. Diese Grenzen hat die Judikatur stets gezogen.[3]

II. Der § 326 geht von der Bestimmung der Nachfrist als Regel aus. Die Fristsetzung wird der nichtsäumige Teil dann wählen, wenn der Vertrag für

---

1) Vgl. Erler, S. 421.

2) Vgl. Düringer u. H. II, S. 151; Lehmann u. R. II, S. 123; Staub, Exk. zu § 374, Anm. 85; Goldmann-L. S. 380, I, 1.

3) Vgl. Cosack, B. R. I, § 123, III, 2δ; Dernburg II, § 98, II; Staub Exk. zu § 374, Anm. 129.

ihn nicht günstig ist, oder wenn er geringe Aussicht auf dessen Realisierung hat.[4]

1. Die Fristsetzung geschieht durch einseitige Erklärung. Sie wird wirksam mit dem Momente, wo sie dem säumigen Teil zugeht; geht sie diesem durch Zufall nicht zu, so ist sie unwirksam (§ 130 BGB.). Der Gläubiger muss den Beweis der Ankunft führen.[5]

2. Eine Form ist für die Fristsetzung nicht vorgeschrieben, so kann sie mündlich oder schriftlich erfolgen. Auch eine Erklärung im Prozesse ist genügend, und der Prozessbevollmächtigte bedarf sowohl zur Abgabe als auch zur Entgegennahme der Erklärung keiner besonderen Vollmacht.[6]

---

4) Vgl. Lehmann u. R. II, S. 125; Düringer u. H. II, S. 121.

5) Unter der Herrschaft des alten HGB. nahm man das Gegenteil an, weil dem säumigen Teil auch zufällige Nachteile zur Last fielen, welche sich an den Verzug knüpften — vgl. ROHG. VIII, S. 80; Dernburg II, § 98, IV, 3 — für das Recht des BGB. ist dies nicht mehr aufrecht zu erhalten.

6) Vgl. Staub, Exk. zu § 374, Anm. 69 und Seuffert I, Anm. 3 zu § 81, welcher sagt: „Es ist davon auszugehen, dass derjenige, welcher zu dem Angriff und der Verteidigung im Prozess ermächtigt ist, auch die dazu erforderlichen Erklärungen abzugeben befugt ist, auch wenn diese zugleich eine materiell rechtliche Wirkung haben.“ Dagegen Förtsch — Deutsche Juristenzeitung IV, S. 489 f. — und andere. Die Frage kann hier nur gestreift werden. Bejahend auch RG. f. Aufrechnung und Rücktrittserkl. SA. 57, Nr. 170 und 189.

Nach § 255 CPO. kann endlich Kläger verlangen, dass die Frist im Urteil bestimmt werde; hier beginnt der Lauf der Frist mit Eintritt der Rechtskraft des die Frist bestimmenden Urteils.[7]

3. Die Frist muss zur Bewirkung der Leistung bestimmt und angemessen sein. Angemessen ist sie aber, wenn sie zur Naturalrestitution hinreicht; ob sie dies tut, das richtet sich nach der Lage des einzelnen Falles.[8] Die Nachfrist braucht weder der ursprünglichen Lieferungsfrist gleichzukommen noch so bemessen zu werden, dass der Säumige, wenn er bis dahin keine Schritte zur Erfüllung getan hatte, nunmehr noch sämtliche Erfüllungshandlungen vornehmen kann.[9] Im Notfalle entscheidet das richterliche Ermessen nach den Erwägungen, dass die Ausgleichung des Verzuges nicht unmöglich gemacht werden, und die Nachfrist vorzugsweise das Interesse des säumigen Schuldners

---

7) Romeick, S. 105 ff. meint, die Frist beginne mit der Verkündung des Urteils. Dagegen richtig Seuffert, Note 3 zu § 265: Vor Eintritt der Rechtskraft könne die Frist nicht laufen, weil das Urteil erst mit Eintritt der Rechtskraft wirksam werde. — Staub, Exk. zu § 374, Anm. 31 nennt den § 255 eine sehr unpraktische Bestimmung, da Kläger diese Frist jederzeit selbst, auch vor Erlass oder Rechtskraft des Urteils bestimmen könne. Dagegen hebt Seuffert, Note 2 zu § 255 richtig hervor, dass die Fristbestimmung im Urteile den späteren Streit darüber abschneide, ob die Frist eine angemessene sei.

8) Vgl. ROHG. XIII, S. 193.

9) Vgl. ROHG. VIII, S. 125.

wahren soll, soweit nicht dadurch berechtigte Interessen des Gläubigers in erheblicher Weise verletzt werden.[10]

a) Bestimmt der nicht säumige Teil die Frist zu lang, so hat es dabei sein Bewenden. Bis zu ihrem Ablauf kann der säumige Teil erfüllen.[11]

b) Wie gestaltet sich aber die Rechtsklage, wenn die Frist zu kurz bemessen ist? In solchem Falle muss der säumige Teil Widerspruch erheben, sein Schweigen wird sonst nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Zustimmung zu der gesetzten Frist ausgelegt. Der nichtsäumige Teil kann bei Bemessung der Frist nur die ihm bekannten Umstände in Erwägung ziehen, und daher darf der säumige Teil, wenn er etwa glaubt, noch einer längeren Frist zu bedürfen, nicht einfach schweigen und seine Austellungen gegen die Angemessenheit der Frist bis zum Prozesse aufschieben. Er muss vielmehr sofort unter Darlegung der Gründe eine entsprechende Verlängerung der Frist nachsuchen. Dann tritt an Stelle der zu kurzen von Rechtswegen die den Umständen angemessene Frist. Erst, wenn der nichtsäumige Teil das Ansuchen ohne zureichende Gründe ablehnte, würde dem Säumigen ein Einwand gegen die Wirksamkeit der Fristsetzung zustehen.[12]

10) Vgl. ROHG. III, S. 212.

11) Vgl. ROHG. VIII, S. 127; Düringer und H. II S. 145.

12) Vgl ROHG. VII, S. 392; VIII, S. 81, 125; RG. VII, S. 79. Die Frage ist sehr bestritten:

I. Die oben vertretene Ansicht teilen im grossen Ganzen Wendt S. 192 ff. und Staub Exk. z. § 374, Anm. 79.

c) Möglich ist auch, dass der nichtsäumige Teil die Dauer der Frist nicht nach Tagen oder Wochen

---

II. Für die Unwirksamkeit der zu kurz bemessenen Frist sprechen sich aus:

1. Enneccerus und L. I, § 162, sub II, 1: Die angegebene Rechtsfolge sei nur an die Setzung einer angemessenen Frist durch den Gläubiger und deren Ablauf geknüpft. Diese Vorbedingung sei nicht erfüllt, wenn eine zu kurze Frist gesetzt sei.

2. Schollmeyer Anm. 5 z. § 250: Stelle sich die Frist als zu kurz heraus, so trete das gestellte Präjudiz nicht ein.

3. Ebenso Oertmann Anm. 3 z. § 250; Leh. und R. II, S. 124.

III. Die Ansicht, dass die Fristbestimmung zwar wirksam bleibt, an Stelle der zu kurzen Frist von selbst aber die angemessene tritt, teilen:

1. Cosack, BR. I, § 105, II, 2a, der sich auf den Gebrauch des Wortes „rechtzeitig" stützt. Danach müsse es genügen, wenn die Leistung zwar nicht innerhalb der gestellten Frist, aber doch nach Lage des Falles rechtzeitig erfolge. [Dagegen Schollmeyer Anm. 5 z. § 250: Wäre dies zutreffend, so wäre die Vorschrift, dass die Frist „angemessen" sein müsse, überflüssig; „rechtzeitig" sei auch identisch mit „vor Ablauf der gestellten Frist".]

2. Dernburg II, § 33, sub IV: Man habe die Aufforderung immer zu verstehen, eventuell innerhalb der zur Herstellung nötigen Frist.

3. Neumann I, Vorbem. vor § 186, 4 f.: Regelmässig habe die Satzung den Sinn, dass eventuell an Stelle der zu kurzen Frist die objektiv angemessene treten solle.

4. Romeick S. 45 ff.: Von der Angemessenheit der gesetzten Frist sei die Wirkung der Fristbestimmung

normiert, sondern dass er den Säumigen nur auffordert, die Herstellung „binnen angemessener Frist“ zu be-

unabhängig, stets setze diese die in Wahrheit angemessene Frist in Lauf.

5. Thödter S. 48: Die Ansicht entspreche offenbar dem Rechtsgefühl und sei auch mit dem Gesetz wohl vereinbar. — Auch Düringer u. H II, S. 146.

IV. Eine Mittelmeinung vertreten Planck Note 2 zu § 250 und Goldmann-L. S. 300, Anm. 11, welche sich prinzipiell für die II. Ansicht entscheiden, aber einräumen, dass die Setzung einer zu kurzen Frist dann unschädlich sei, wenn die Aufforderung die Auslegung zulasse: eventuell innerhalb angemessener Frist solle die Handlung erfolgen.

V. Gegen die II. Ansicht spricht, dass der Säumige auf diese Weise eine viel längere Frist bekommt, indem der Nichtsäumige, auch nach dem Ablauf einer angemessenen Frist, erst wieder von Neuem eine Frist bestimmen muss, sie ist zu formalistisch und wird dem Sinne des Gesetzes nicht gerecht; gegen die III. Ansicht, dass man sich nicht vorstellen kann, wie die Umwandlung der zu kurzen in die angemessene Frist ohne irgend welchen Anstoss von einer Seite vor sich gehen soll; gegen beide: dass sie in der Begünstigung des Säumigen zu weit gehen. Die erwähnten Gründe sprechen auch gegen die IV. Ansicht.

Vor allem muss ich aber mit Wendt darin noch völlig übereinstimmen, wenn dieser S. 194 sagt: „Ob der Wortlaut der einzelnen Gesetzesstellen von „Rechtzeitigkeit“ spricht oder von dem Handeln „vor dem Ablauf der Frist“, ist vollkommen gleichgültig, und sagt beides vollkommen das Gleiche. Ich kann es nur Wortklauberei nennen, wenn aus solcher Verschiedenheit des Ausdrucks Schlüsse abgeleitet werden“.

wirken. Das Erfordernis der Bestimmtheit ist hier, wie sonst, gewahrt, wenn nur Bestimmbarkeit vorliegt.[13]

Ein solches Verhalten wird aber schwerlich als praktisch und empfehlenswert gelten können, da der Nichtsäumige damit den vom Gesetz ihm eingeräumten Vorteil aus der Hand gibt, eine feste Zeitgrenze herbeiführen zu können, während er doch den Versuch machen sollte mit seiner Fristbestimmung gerade ein certum tempus zu gewinnen.[14]

4. Die Fristbestimmung ist stets erforderlich, auch in dem Falle, wo der Säumige sich vorher bestimmt geweigert hat, die Leistung zu bewirken. Diese Weigerung setzt für sich allein den Säumigen weder in Verzug, noch enthält sie einen Verzicht auf die Gewährung einer Nachfrist, macht jedoch den Säumigen schadensersatzpflichtig.[15]

13) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 250; Oertmann, Anm. 3 zu § 250, Dernburg II, § 33, 4; Schollmeyer Anm. 5 zu § 250; Thödter S. 48. A. M. sind Lehmann u. R. II, S. 124 und Staub, Exk. zu § 374, Anm. 77: Die Gesetzesworte seien dahin auszulegen: es müsse eine Frist bestimmt werden und diese müsse angemessen sein. — Anscheinend auch Wendt S. 194. Ebenso Romeick S. 37: Solle die private Fristbestimmung in der gleichen Weise funktionieren wie die gesetzliche und richterliche, so folge, dass sie die Bemessung einer besimmten Zeit zu enthalten habe.

14) Vgl. Wendt S. 194.

15) Die Frage ist sehr bestritten:

I. Entgegengesetzter Ansicht ist: 1. Die Denkschrift zum HGB. S. 375: In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass wenn sich der Schuldner bestimmt geweigert habe zu erfüllen, der Gläubiger die im Art. 356 HGB.

5. Es bedarf einer ausdrücklichen Fristbestimmung. Die blosse Mitteilung des nicht säumigen Teils an den

---

vorgesehene Erklärung schon vor dem Eintritt der Erfüllungszeit abgeben könne, und dass dem Schuldner in solchem Falle eine Nachfrist nicht zustehe; diese Auffassung würde auch unter der Herrschaft des BGB., welches in dieser Beziehung nichts wesentlich Anderes vorschreibe als das HGB., gleichfalls befolgt werden.

Vgl. ROHG. III, S. 210, 321; V, S. 107; VI, S. 326; VIII, S. 19, 129, 253. — Ebenso Lehmann u. R. II, S. 126: Bei Weigerung könne die Fristsetzung unterbleiben, weil sie dann bloss eine den Vertragsbrüchigen zum Nachteile des vertragstreuen Teiles grundlos begünstigende leere Formalität wäre, und weil der Schuldner ja deutlich zu erkennen gegeben habe, er denke garnicht daran, von der Frist Gebrauch zu machen. — So auch Düringer u. H. II, S. 140. — Ferner Niedner S. 443 ff. in der „Deutschen Juristenzeitung" pro 1901 zu S. 33: Ferner das Reichsgericht: Nachdem es in seinem Urteil v. 26. XI. 01, DJZ. 1902 S. 68, sich für den Eintritt des Verzugs bei Weigerung der Erfüllung ausgesprochen hatte, hat es in seinem Urteil vom 27. V. 02 — Bd. 51, Nr. 81, S. 347 ff. — in diesem Falle nicht allein die Fristsetzung und Androhung für überflüssig erklärt, sondern auch die v o r Ablauf der Lieferungsfrist abgegebene Erklärung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, für wirksam erklärt, — cf. Arteil vom 11. VII. 02, Bd. 52, Nr. 40, S. 150 ff. — indem es die Weigerung als V e r z i c h t auf Fristsetzung auffasst, welcher Verzicht von dem Nichtsäumigen durch Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung a n g e n o m m e n werde. cf. auch Urteil vom 4. XI. 02 RG. 53, Nr. 4, S. 11 ff., wobei es aber dem Säumigen noch gestattet sei, durch Erfüllung innerhalb der Lieferungszeit den

Schadensersatzanspruch des Nichtsäumigen abzuwenden, und damit das vorgenommene Deckungsgeschäft zu vereiteln. — cf. zu diesem letzteren Punkt die reffenden Bedenken von Endemann, DJZ. 1903, S. 161. — Ebenso Romeick S. 86 ff. Vgl. auch OLG. Stettin, Urteil vom 15. I. 00 in der Zeitschrift „Das Recht" pro 1900, und Kammergericht, Urteil vom 11. XI. 01, Rechtsprechung 1902, S. 16.

II. Für Fristsetzung trotz zuvoriger Erfüllungsweigerung sind:

1. Erler, S. 422: Die Weigerung schaffe weder für den Schuldner ein Hindernis, die Leistung trotzdem zu bewirken, noch beseitige sie den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung. Solange aber dieser Anspruch nicht ausgeschlossen sei, sei kein Raum für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Bei dieser Auffassung erscheine die Fristbestimmung als das Mittel, den dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Wege stehenden Erfüllungsanspruchs des Gläubigers hinwegzuräumen. Daraus ergebe sich weiter, dass das BGB., wenngleich es den § 326 im Anschluss an die Artikel 354 – 356 des alten HGB. geordnet habe, doch einen anderen Standpunkt als dieses und die daran anknüpfende Rechtsprechung des ROHG. und des RG. einnehmen. Während diese ältere Rechtsprechung hauptsächlich auf der Erwägung beruhe, dass es sich nicht verlohne, einem widerwilligen Schuldner eine Nachfrist zu belassen, also die Fristgewährung keinerlei rechtliche Bedeutung habe, falle nach dem BGB. das Hauptgewicht auf die Ausscheidung des Erfüllungsanspruchs. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, erscheine die Fristbestimmung auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung notwendig. Es gäbe nur eine Ausnahme, nämlich die des Abs. 2 des § 326.

2. Mit ausführlicher Begründung, OLG. Breslau, Urteil vom 24. X. 01, Rechtspr. 1902, S. 14 ff.: Der Gesetzgeber hätte der früheren Rechtsprechung gegenüber triftigen Grund gehabt, die Auffassung derselben zum Ausdruck zu bringen, wenn er dies beabsichtigt hätte. Demgegenüber könne der Umstand, dass die Fassung des Antrages 2 im wesentlichen mit der des Art. 356 übereinstimmen, nicht die gegenteilige Auffassung stützen, zumal der Wortlaut des Art. 356 eine Ausnahme von der Fristbestimmung nicht zugelassen habe.

3. OLG. Posen, Urteil vom 10. VI. 01, Rechtspr. 3, No. 4, c: Das im § 326 hervorgehobene Wort „kann" habe keineswegs die Bedeutung, dass der nichtsäumige Teil die Fristsetzung auch unterlassen dürfe und dennoch die gedachte Wahl haben sollte; dies ergebe sich schon daraus, dass das Wahlrecht eben erst „nach Ablauf der Frist" eintrete, und es werde ausserdem bestätigt durch den Abs. 2, wonach ihm das Wahlrecht zustehen solle, ohne dass es der Fristsetzung „bedarf".

4. Staub, Exk. z. § 374, Anm. 75: Nach § 284 BGB. trete der Verzug erst ein durch eine nach Eintritt der Fälligkeit erfolgende Mahnung. Unmöglich könne durch eine vor der Fälligkeit vom Schuldner abgegebene Erklärung dem Gläubiger das Recht gegeben werden, den Schuldner so zu behandeln, als sei die Fälligkeit schon eingetreten und Schuldner in Verzug geraten. — Ferner in der deutschen Juristenzeitung 1901, S. 478 f. gegen Niedner: Es sei eine bisher nicht gekannte Art, über einen Gesetzesparagraphen und seine Entstehungsgeschichte hinwegzukommen. Die Anträge 1 und 2 besagten sachlich dasselbe im allgemeinen, aber die Ausgestaltung im einzelnen sollte in einem vom alten HGB. abweichenden Sinne erfolgen.

5. Goldmann-Lilienthal S. 382, Anm. 12: Leiste der Schuldner trotz seiner früheren Weigerung pünktlich, gerate er also nicht in Verzug, so sei der Gläubiger zur Annahme der Leistung verpflichtet, auch wenn er sich z. B. infolge der früheren Erklärung des Schuldners anderweitig gedeckt habe. DJZ. 1902, S. 67, 121, 220.

III. Die Gegner legen deshalb so wenig Wert auf die Fristsetzung, weil sie anscheinend der von Schollmayer ausgesprochenen Ansicht folgen, der sich auch ausdrücklich Niedner anschliesst, dass auch dann, wenn der Nichtsäumige noch keine Nachfrist gesetzt habe, neben dem Anspruch auf Erfüllung das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezw. das Rücktrittsrecht als gesetzlich bedingte beständen. Dem ist jedoch nicht beizutreten.

Dass die drei Befugnisse, wie Niedner meint, von vorneherein völlig gleichwertig gegeben seien, davon ist in den Protokollen nirgends die Rede; auf S. 644 64 legen diese das Hauptgewicht auf die Zulassung der Fristsetzung und sehen hierin die Erweiterung gegenüber dem ersten Entwurf; und S. 648 wird über den Ausschluss des Erfüllungsanspruchs gesprochen. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich jedenfalls diese Konstruktion auch nicht, und weitere Schlüsse kann man auch nicht daraus ziehen. Mit dem Ablauf der Frist tritt nicht blos die Fälligkeit der Befugnisse auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezw. Rücktritt vom Vertrage ein, sondern sie entstehen erst mit diesem Moment, sie erwachsen dem Gläubiger als neue Rechte; sie können nur zu Recht bestehen, falls der Erfüllungsanspruch nicht mehr zu Recht besteht, es liegt ein Eventualverhältnis vor. Vgl. Seuffert Anm. 2 c zu § 260. — Diese Wirkung übt die Fristsetzung aus; sie ist nicht, wie Niedner meint, blos dazu da, um den Säumigen vor Überraschung zu

schützen, auch nicht, wie Staub a. a. O. meint, um dem Säumigen noch einmal vor Augen zu führen, welche ernsten Folgen seine Säumnis nach sich ziehen könne. Denn, wie Erler richtig ausführt, wäre letzteres der alleinige Zweck, dann wäre in der Tat nicht einzusehen, warum einem Schuldner, der auf das Bestimmteste die Weigerung der Erfüllung im voraus erklärt habe, noch eine Frist zur Nachholung des Versäumten bestimmt werden solle. Wer entschieden erkläre, nicht erfüllen zu wollen, rechtfertige dadurch die Annahme, dass er bei seiner Weigerung beharren werde. Eine so gesonnene Vertragspartei umzustimmen oder auch nur zu warnen, falle nicht in das Gebiet gesetzgeberischer Fürsorge. — Wenn ferner dem Säumigen immer noch gestattet sein soll, durch Erfüllung innerhalb der Lieferungszeit den Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Nichtsäumigen abzuwenden, er also von seiner Weigerung abgehen kann, so ergibt sich eben daraus, dass diese Erklärung für den Bestand des Vertrages einflusslos ist und eine Fristsetzung erfolgen muss. Vgl. hierzu besonders Endemann, DJZ. 1903, S. 161.

IV. Erler und Staub wollen ihre Ansicht noch auf den § 634, Abs. 2 BGB. stützen. Hätte der Gesetzgeber den Fall der vorzeitigen Erfüllungsweigerung als Ausnahme zulassen wollen, so hätte er dies wie bei der Regelung des Werkvertrages auch zum Ausdruck gebracht.

Dagegen Niedner: Dort habe diese Hervorhebung deshalb einen besonderen Sinn, weil nach dem vorhergehenden § 633 Abs. S. 2 die Weigerung des Unternehmers eine berechtigte sein könne, also nicht ohne weiteres ein vertragswidriges Verhalten involviere. Dem ist beizutreten. — Vgl. auch Romeick, S. 98 ff.: Wenn im § 634 Abs. 2 kraft der vorgängigen Weigerung

die Fristbestimmung in Wegfall komme, so habe die vorgängige Weigerung diese Wirkung überhaupt — und dass dies im § 634 Abs. 2 speziell ausgesprochen sei, sei lediglich dadurch veranlasst, weil von einem besonderen Fall der Weigerung — der Weigerung wegen unverhältnismässigen Aufwandes — hätte gehandelt werden müssen.

V. Bestritten ist ferner, welche anderen Rechte dem Gläubiger aus der vorzeitigen Erfüllungsweigerung des Schuldners möglicherweise erwachsen:

1) Staub, Exk. zu § 374, Anm. 76 meint: Die zuvorige Weigerung der Vertragserfüllung involviere in jedem Falle ein vertragswidriges Verhalten, welches den Schuldner zwar nicht den Folgen des Verzuges unterwerfe, wohl aber „nach allgemeinen Grundsätzen“ schadensersatzpflichtig mache. Der Gläubiger müsse deshalb zwar gehalten sein, die nachträgliche Erfüllung des Schuldners noch anzunehmen, allein er habe anderseits das Recht, wegen seiner in dem berechtigten Vertrauen darauf, dass der Schuldner bei seiner Weigerung stehen bleiben würde, nunmehr umsonst vorgenommenen Massnahmen, z. B. eines inzwischen realisierten Deckungskaufes, Schadensersatz zu verlangen.

2) Dagegen Niedner, S. 445: Ein vertragswidriges Verhalten eines Vertragsteiles könne nach abgeschlossenem Vertrage sich doch schlechterdings nur darin dokumentieren, dass auf den Zielpunkt des Vertrages, die Erfüllung, in vertragswidriger Weise eingewirkt werde. Nach den Ausführungen Staub's sei ja aber die Erfüllungsweigerung des Schuldners ohne die geringste Relevanz in der hier in Frage kommenden Richtung. Sie alteriere weder den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung, noch denjenigen des Schuldners auf Erfüllungsentgegennahme. Worin das kausale Moment für einen

Säumigen, dass er von der Erfüllung absehe,[16] oder gar die Weigerung des Nichtsäumigen, eine Frist zu bestimmen,[17] genügt daher nicht.

6. Die Frist muss mit der Erklärung bestimmt werden, dass der nichtsäumige Teil die Annahme der

Schadensersatzanspruch gegeben sein solle, sei daher bei einer solchen Rechtslage nicht einzusehen.

3) Das kausale Moment für den Schadensersatzanspruch ist die zwischenzeitliche Weigerung, deren Wirkung der Schuldner nicht wieder aus der Wetl schaffen kann, auch wenn er später von ihr abgeht und nachträglich erfüllt.

16) Dernburg II, § 98, IV, 1 will die Ablehnung der Erfüllung ohne Setzen einer Nachfrist dann für ausreichend halten, wenn der Säumige eine angemessene Frist verstreichen lasse, ohne zu erfüllen. Die Rechtsprechung habe dies bejaht, und es sei nicht anzunehmen, dass das BGB. sich in diesem Punkte mit der bisherigen Rechtsbildung in Widerspruch setzen wolle. Ebenso Düringer u. H. II, S. 144. — Dagegen Lehmann u. R. II, S. 124 und Staub, Exk. zu § 374, Anm. 74: Der Art. 356 habe nur von „gewähren" einer Frist gesprochen, § 326 schreibe aber strikt „bestimmen" vor. — So auch OLG. Stuttgart, Urteil vom 21. VI. 01. DJZ. 1901, S. 392.

17) Diese Ansicht vertritt Cosack I, § 123, III, 2, c, λ: Mit der Weigerungserklärung beginne die angemessene Nachfrist von Rechtswegen ihren Lauf, denn die Verweigerung der Nachfrist könne nicht anders behandelt werden als eine zu kurze Bemessung der Nachfrist.

Dagegen Staub, Exk. zu § 374, Anm. 73: Die Fälle lägen wesentlich verschieden. Wer die Nachfrist zu setzen verweigere, wolle dem Gesetz nicht genügen; auf den Boden desselben stelle sich aber derjenige, der

Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Durch diese Erklärung erhält die Fristbestimmung erst ihren Zweck und Inhalt.[18] Eine Fristsetzung ohne Erklärung ist ebenso wenig wirksam, wie eine Erklärung ohne Fristsetzung.[19] Fehlt dieses Präjudiz, so ist der Nichtsäumige trotz Ablaufs der Frist verpflichtet, die nachträgliche Leistung noch anzunehmen.[20] Die Ablehnungserklärung braucht nicht ausdrücklich zu sein; es genügt, wenn man sie unzweideutig zu erkennen gibt.[21]

eine zu kurze Nachfrist setze. — Ebenso Goldmann-L. S. 382, Anm. 16: Cosack's Ansicht beruhe auf der irrigen Meinung, dass der Säumige einen Anspruch auf die Fristbestimmung habe, und übersehe, dass der Nichtsäumige auf diese Weise gegen seinen Willen mit dem Erfüllungsanspruch ausgeschlossen werde. Wer die Fristsetzung verweigere, erkläre gerade damit, dass er nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt beschränkt werde, sondern sich den Erfüllungsanspruch noch vorbehalten wolle.

18) Protokolle I, 648: „Die Ausschliessung des Erfüllungsanspruchs sollte klar ausgedrückt werden."

19) Vgl. Erler, S. 423.

20) Vgl. Schollmeyer, Anm. 2, b. z. § 326.

21) Vgl. Dernburg II, § 98, IV, 3. — Ferner OLG. Hamburg, Urteil vom 14. I. 01. Rechtsprechung II, S. 216: Die Erklärung: „Sollten Sie Ihren Verpflichtungen bis zu dem gesetzten Termine nicht nachkommen, so machen wir Sie für allen daraus entstehenden Schaden verantwortlich!" genüge also nicht. Diese Erklärung könne — nach Dernburg a. a. O. — auch auf das blosse Zögerungsinteresse abzielen. — So auch OLG. Breslau, Urteil vom 24. X. 01, Rechtsprechung IV. S. 15. — Schollmeyer, Note 2 zu § 326.

7. Dass die Fristbestimmung eine gewisse Zeit nach Eintritt des Verzuges erfolgen muss, ist nicht vorgeschrieben. So lange der nichtsäumige Teil den Anspruch auf Erfüllung hat, kann er dem Säumigen eine Frist setzen. Es ist ja für den Säumigen auch nur eine Wohltat, wenn ihm die Möglichkeit, den Verzug zu heilen, verlängert wird.[22] — Nach Lage des Falls kann jedoch in dem längeren Schweigen des Nichtsäumigen ein Verzicht auf die Geltendmachung aller Ansprüche wegen Verzuges, ein Einverständnis mit dem Verhalten des Säumigen gefunden werden;[23] und bei illoyaler Hinausschiebung ist Verwirkung aller Vertragsrechte anzunehmen.[24]

8. Vertragsmässig kann von der Fristbestimmung entbunden werden, sowohl vorher als nacher. Der § 326 ist eine Dispositivnorm. Dadurch wird das Geschäft noch kein Fixgeschäft, da der Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen Verspätung bleibt.[25]

9. Der nicht säumige Teil muss die Setzung angemessener Frist mit eventueller Ablehnungserklärung sowie den Ablauf der Frist beweisen.

10. Bis zum Ende der Frist kann der säumige Teil immer noch erfüllen, der Nichtsäumige muss diese verspätete, aber innerhalb der gesetzlichen Frist geleistete Erfüllung annehmen; die Leistung ist noch

22) ROHG. VII. S. 391 f.; XXIII, S. 86; RG. XXXII, S. 64.

23) ROHG. IX, S. 412, XIV, S. 395.

24) ROHG. XX, S. 336 ff; XXIII, S. 84 ff.

25) ROHG. XI, S. 425; RG. VII, S. 79.

„rechtzeitig“ erfolgt. Erst mit dem Ablauf der Frist ist dieses Recht des Säumigen beseitigt, es treten die Wirkungen des § 326 ein.

Wäre die Leistung unterblieben, weil sie nachträglich unmöglich wurde, so hätte dies nur dann Bedeutung, wenn der Gläubiger selbst den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zu vertreten hätte, oder wenn die durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (§ 287 BGB.). In diesem Falle würden dem Gläubiger nur die in den §§ 323 u. 324 festgesetzten Rechte zustehen. (Vgl. Schollmeyer Note 3 zu § 326).

Der Säumige muss die rechtzeitige Erfüllung bezw. befreiende Unmöglichkeit beweisen.

11. Einseitig verlängern kann der Gläubiger die einmal gesetzte Frist nicht.[26]

§ 3.

2. Die teilweise Nichtbewirkung der Leistung.

Ist bis zum Ablauf der Frist nicht die ganze Leistung ausgeblieben, sondern hat der säumige Teil bis zu diesem Zeitpunkt die Leistung nur teilweise nicht bewirkt, so kommt der Satz 3 Abs. 1 des § 326 BGB. zur Anwendung.[1 2 3]

---

26) OLG. Hamburg, SA. 57, S. 443.

1) Die Denkschrift zum HGB., S. 375 sagt: „Der Artikel 359 enthält noch eine sowohl für Fixgeschäfte als für andere Kaufgeschäfte geltende Bestimmung über die Wirkungen des Verzuges im Falle teilweiser Nichterfüllung. Auch dieser Artikel ist in dem Entwurf nicht

1. Der Satz 3 Abs. 1 des § 326 betrifft nicht nur

a) den Fall, dass der säumige Teil innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist die Teilleistung bewirkt, sondern auch

b) den Fall, dass der säumige Teil die Teilleistung v o r der Fristbestimmung bewirkt, der Säumige also von Anfang an nur mit einem Teile der Leistung in Verzug geraten ist.[4]

---

aufgenommen, da in der gedachten Beziehung künftig die Vorschriften des BGB. (§ 326 Abs. 1, S. 3) Anwendung zu finden haben".

2) Der Satz 3, Abs. 1 des § 326 verweist auf die Vorschrift des § 325 Abs. 1, Satz 2, die wieder auf § 280, Abs. 2 bezug nimmt. Unter „entsprechender Anwendung" erhält man für die erste Gesetzesstelle folgenden Wortlaut:

„Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt, so ist der andere Teil, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, unter Ablehnung des noch nicht bewirkten Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen — die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung — oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten."

3) Der Begriff der teilweisen Nichterfüllung und der teilweisen Unmöglichkeit ist derselbe. — Vgl. Schöller bei Gruchot, Band 45, S. 539; auch Motive Band II, S. 210: „Der Verzug involviert eine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit der Leistung."

4) Vgl. Schollmeyer Anm. 5 z. § 326; Staub, Exk. z. § 374, Anm. 109 ff. und OLG. Kiel, Urteil vom 11. 6. 01, Rechtspr. 3, S. 203 ff. Denkschrift (S. 75):

2. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Gegenstand der Leistung teilbar ist oder nicht, sondern

---

„Hat der Schuldner die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise bewirkt, so kann der Gläubiger, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung des noch rückständigen Teiles der Leistung von dem ganzen Vertrage zurücktreten". — RG. Urteil v. 22. 1. 01. Bd. 50, S. 138 ff, welches die Vorarbeiten zum BGB. zur Unterstützung heranzieht: „Der 1. Entwurf (§ 369) wollte dem Gläubiger im Falle des teilweisen Verzuges des Schuldners das Rücktrittsrecht nur dann zugestehen, wenn der nicht rückständige Teil der Leistung für ihn kein Interesse hat. Eine Pflicht des Gläubigers zur Bestimmung einer Nachfrist schrieb der 1. Entwurf weder für diesen Fall, noch für den Fall des Verzuges mit der ganzen Leistung vor. Bei der zweiten Lesung wurde das Erfordernis der Fristsetzung aufgestellt, und im § 369a sodann bestimmt: Erfolgt die Leistung innerhalb der Frist nicht, so ist der andere Teil berechtigt, — von dem Vertrage zurückzutreten. Ist die Leistung innerhalb der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so finden die Vorschriften des — § 369, Abs. 1, Satz 2 entsprechende Anwendung." Der bezogene Satz des § 369 lautete: „Das Rücktrittsrecht steht jedoch ihm" (dem Gläubiger) „im Fall der nur teilweisen Unmöglichkeit nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Teil der Leistung für ihn kein Interesse hat." Im weiteren Verlaufe der Beratungen der 2. Kommission, wurde darauf aufmerksam gemacht, dass bei dieser Fassung dem Verkäufer, welcher eine Anzahlung empfangen hat, ein Rücktrittsrecht überhaupt nicht zustehen würde, während den gefassten Beschlüssen der Gedanke zu Grunde liege, dass der Gläubiger wegen teilweiser Nichtbewirkung der Leistung vom Vertrage zurücktreten

dürfe, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse habe. Dieses Bedenken wurde von der Mehrheit der Kommission als sachlich begründet anerkannt und der Redaktionskommission zur Berücksichtigung bei der endgültigen Feststellung der Beschlüsse überwiesen. (Prot. Bd. 2, S. 62—64, vgl. auch Bd. 1, S. 642 - 650). Infolge davon wurde in das Gesetz (§ 326 Abs. 1, Satz 3 BGB.) statt der Worte: „Ist die Leistung innerhalb der Frist nur teilweise bewirkt," die Worte: „Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt," und statt des Satzes 2, Abs. 1 § 369 des Entwurfes der Satz (§ 325 Abs. 1 Satz 2 BGB.) eingestellt: „Bei teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung ist er" (der Gläubiger), „wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, — von dem ganzen Vertrage zurückzutreten." Mit der ersten Änderung ist klargestellt, dass die Teilleistung nicht innerhalb der Frist erfolgt zu sein braucht. Bei anderer Auslegung würde man zu dem unannehmbaren Ergebnisse gelangen, dass der nicht säumige Teil, der vor dem Beginne der Nachfrist eine Teilleistung empfangen hat, dann, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, insbesondere wenn der Vertrag unteilbar ist, überhaupt kein Rücktrittsrecht habe. Denn der § 326 handelt in seinen ersten beiden Sätzen dem Wortlaute nach nur von der völligen Nichterfüllung. Bei den Beratungen der 2. Kommission wurde von der Mehrheit anerkannt, dass in dem Gesetze von dem Falle, wenn der Vertrag teilbar, und demgemäss ein teilbarer Rücktritt möglich sei, zu schweigen sei, dass dagegen die Fälle, in welchen die teilweise Unmöglichkeit (oder die teilweise Nichterfüllung) den Gläubiger zum Rücktritte vom ganzen Vertrage berechtige, im Gesetze besonders hervorzuheben seien. (Prot. Bd. 2, S. 64.) Die zulässige

analoge Anwendung der beiden ersten Sätze des § 326 auf den Fall der Teilerfüllung ergibt, dass der Gläubiger ein Rücktrittsrecht nur hinsichtlich des ausstehenden Teiles der Erfüllung hat. (Staub a. a. O. Anm. 111 und 112; Schollmeyer, Bem. 5 zu § 326). Wäre nun der Fall, dass die Teilleistung vor dem Beginne der Nachfrist bewirkt ist, im Gesetze nicht besonders geregelt, so würde bei einem unteilbaren Vertrage nur teilweiser Rücktritt gegeben, und, da ein solcher nicht möglich ist, das Rücktrittsrecht in diesem Falle überhaupt ausgeschlossen sein. Dass dieses Ergebnis vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, liegt auf der Hand, und dass es auch nicht gewollt ist, ergeben die oben mitgeteilten Materialien. Wenn es möglich wäre, bei analoger Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Abs. 2 auf den besprochenen Fall dem Teilempfänger das Recht zum Rücktritte vom ganzen Vertrage zuzusprechen, so würde die Bestimmung des Abs. 1 Satz 3 völlig überflüssig sein.

A. M. ist Romeick, S. 22 ff.: Im Falle b sei die geforderte Restleistung völlig ausgeblieben; es greife also nicht Satz 3, sondern Satz 1 des § 326 ein. — Im Falle a müsse bezw. der nunmehr vorliegenden neuen Rechtslage eine nochmalige Fristsetzung erfolgen, wenn der Gläubiger nicht den Beweis des nunmehrigen Interessenwegfalls an der ganzen Erfüllung auf sich nehmen wolle.

Diese Auffassung von Romeick halte ich nicht für richtig: natürlich muss im Fall b der nichtsäumige Teil zunächst die Frist aus Satz 1 des § 326 setzen; nach deren Ablauf kommt aber dann Satz 3 zur Anwendung, nicht Satz 1. — Und was im Falle a die nochmalige Fristsetzung soll, ist ganz unerfindlich.

es kommt ihm nur darauf an, ob die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen Interesse hat oder nicht.[5]

5) Kisch, S. 161 ff. behauptet für den verwandten Fall der teilweisen Unmöglichkeit, dass eine solche nur bei teilbaren Leistungen eintreten könne. Vermöge der Schuldner eine unteilbare Leistung nicht in ihrem ganzen Umfange zu bewirken, so sei nicht nur eine teilweise, sondern eine völlige Unmöglichkeit gegeben. Unteilbar sei eine Leistung aber dann, wenn sie nicht ohne Beeinträchtigung ihres Wesens in eine Mehrheit von kleineren, dem Ganzen gleichartigen Teilleistungen zerlegt werden könne, oder wenn sie nach dem Willen der Parteien nicht in dieser Weise zerlegt werden solle. — Ähnlich Kleineidam, S. 94 und Titze, S. 49.

Dagegen Schöller bei Gruchot, 45, S. 540 ff.: Das Gesetz selbst gebe nicht den geringsten Anhaltspunkt für diese Unterscheidung; jede Leistung von zusammengesetzten quantitativem oder qualitativem Inhalt — gleichgültig ob teilbar oder nicht — könne teilweise unmöglich werden und teilweise unterbleiben. Dasselbe sei der Fall, wenn die Leistung nach Inhalt des Vertrages als unteilbar gedacht sei; sonst würde den berechtigten Interessen des Gläubigers recht schlecht gedient, da dieser aus Gründen, die ganz ausserhalb des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses lägen, ein dringendes Interesse an der teilweisen Bewirkung haben könne. — Gerade für die Fälle, wo die Leistung zu Gunsten des Gläubigers als unteilbar gedacht sei, wahre das Gesetz die Interessen des Gläubigers, indem es demselben die Befugnis verleihe, die ganze Leistung zurückzuweisen, falls er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse habe. — Vgl. auch Düringer u. H. II, S. 121: Das BGB. gehe von dem subjektivem Moment des Mangels des Interesses

3. Teilweise ist die Leistung bereits bewirkt. Entweder war der säumige Teil nach dem Vertrage berechtigt, teilweise zu erfüllen, oder der Nichtsäumige hat die teilweise Erfüllung angenommen, ohne dazu verpflichtet zu sein. War der Säumige zu einer Teilleistung nicht berechtigt, so kann der Nichtsäumige sie ablehnen und die Rechte aus Satz 2 des § 326 geltend machen; an der Vorschrift des § 266 BGB. soll nichts geändert werden.[6]

4. Der nichtsäumige Teil muss an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse haben.[7]

---

beim Gläubiger an der teilweisen Erfüllung aus; Art. 359 lege den Nachdruck auf die sich aus den Umständen ergebende Teilbarkeit der Erfüllung. — Ferner Lehmann u. R. II, S. 134 und Staub, Exk. zu § 374, Anm. 112: Der Art. 359 habe den Fall ausdrücklich geregelt, in welchem die Leistung teilbar sei; der § 326 Abs. 1 S. 3 dagegen regele umgekehrt den Fall ausdrücklich, in welchem die Leistung nicht teilbar sei, während die Regelung des anderen Falles, dass die Leistung teilbar sei, jetzt aus dem Zusammenhange der Gesetzesvorschriften zu entnehmen sei. — Schöllers Ansicht ist m. E. die richtige.

6) Vgl. Planck, Anm. 5 z. § 280; Staub, Exk. z. § 374, Anm. 110.

7) Staub, Exk. z. § 374, Anm. 143 meint: „Teilweise Nichterfüllung" betreffe lediglich den Fall, dass eine Verpflichtung nicht quantitativ im vollen Masse, sondern nur zum Teil erfüllt werde, also wenn Verkäufer nicht die ganze Ware liefere, Käufer nicht den ganzen Kaufpreis bezahle.

Dagegen Romeick, S. 71 ff: Immer sei der Fall, dass das schuldige Quantum nicht voll, sondern nur zum Teil geleistet werde, nur ein Fall unter einer

5. Die Vorschrift des § 326 Abs. 1 S. 3 ist nur zu Gunsten des Nichtsäumigen erlassen. Der Säumige darf nicht unter Berufung auf dessen mangelndes Interesse die Teilleistung verweigern.[8]

6. Der nichtsäumige Teil muss den Mangel des Interesses beweisen.

7. Ist die Restleistung nicht gemacht, weil sie durch Schul des Gläubigers unmöglich wurde, so kommt § 324, Abs. 1 S. 2 zur Anwendung.[9] [10]

§ 4.

II. Das fehlende Interesse an der Erfüllung des Vertrages.

Ausnahmsweise stehen nach dem Abs. 2 des § 326 dem nichtsäumigen Teil die Befugnisse aus

Schar von möglichen Fällen teilweiser Nichterfüllung gewesen. — Ferner Schöller, bei Gr. 45, S. 545: Eine teilweise Nichtbewirkung der Leistung liege nicht nur dann vor, wenn eine Leistung quantitativ nicht vollständig bewirkt werde, sondern auch dann, wenn von mehreren Leistungen, die zusammen erst die vollständige Vertragserfüllung darstellten, die eine nicht bewirkt werde, z. B. müsse der Verkäufer dem Käufer Eigentum und Besitz übertragen. — Dem ist m. E. beizutreten; doch muss sich die verzögerte Leistung als ein Teil des Äquivalents für die Leistung des nichtsäumigen Teils darstellen. — Vgl. auch Goldmann — L. S. 385.

8) Vgl. Kisch, S. 190.

9) Vgl. Schollmeyer, Note 5 z. § 326.

10) Näheres über das Interesse an der Erfüllung des Vertrages siehe im § 4.

dem Abs. 1 ohne Fristsetzung zu, wenn er infolge des Verzuges an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat.

Von der allgemeinen Vorschrift des § 286 Abs. 2 BGB. weicht diese Gesetzesstelle mehrfach ab:

Der § 286 Abs. 2 gibt dem Gläubiger bei Verzug des Schuldners das Recht, die Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Leistung kein Interesse mehr für ihn hat.

Nach der besonderen Vorschrift des § 326 Abs. 2 wird bei gegenseitigen Verträgen diese Rechtslage für den nichtsäumigen Teil dahin verbessert, dass ihm wahlweise neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung das Rücktrittsrecht gegeben, und dass die Geltendmachung dieser Befugnisse nicht von dem mangelnden Interesse an der Leistung, sondern von dem an der Erfüllung des Vertrages abhängig gemacht wird.[1] [2]

---

1) Vgl. Protokolle II, S. 63.

2) Vom Art. 356 des alten HGB. weicht diese Regelung dahin ab, dass dort in den Fällen, wo die Natur des Geschäfts eine Nachfrist nicht gestattete, nur diese, nicht auch die vorgängige Anzeige, dass der Nichtsäumige Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten wolle, fortfiel. — Die Denkschrift zum HGB. führt dazu aus: Die dem Säumigen gewährte Befugnis, auch in denjenigen Fällen, in welchen er keinen Anspruch auf eine Nachfrist habe, den Verzug noch bis zur Anzeige des Gläubigers durch nachträgliche Erfüllung und Ersatz des infolge der verspäteten Erfüllung entstehenden Schadens zu heilen, habe für den Schuldner keinen

I. Das Interesse entscheidet sich nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern nach den individuellen Verhältnissen des nichtsäumigen Teils.[3]

II. Das Interesse fehlt an der Erfüllung des Vertrages, wenn die Leistung zwar an sich noch Vorteil bieten, aber in keinem Verhältnis mehr zu der dafür aufzuwendenden Gegenleistung stehen würde.[4] Das

---

erheblichen Wert; denn da der Gläubiger ihm jederzeit erklären könne, dass er die Erfüllung ablehne, so laufe der Schuldner Gefahr, dass sich die Arbeit und die Kosten, die er auf die Ausführung der nachträglichen Lieferung verwendet habe, als nutzlos erwiesen. Dazu komme, dass sich der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung in den Fällen, wo der Gläubiger an der nachträglichen Erfüllung kein Interesse habe, von dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Regel wenig unterscheiden werde. — Ferner auch Staub, Exk. z. § 374, Anm. 89: Es müsse allerdings gesagt werden, dass der Schuldner in solchem Falle schlimm bestellt sei, und um so schlimmer, als es ja Umstände sein könnten, die ihm garnicht bekannt seien, aus welchen der Gläubiger mit Recht die Folgerung herleite, dass die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr habe; — und Anm. 90: Eine kleine Milderung liege in der Vorschrift des § 254, Abs. 2 BGB., nach welchem bei der Frage, ob und inwieweit ein verursachter Schaden zu ersetzen sei, konkurrierendes Verschulden des Beschädigten auch dann in Betracht komme, wenn es darin bestehe, dass er unterlassen habe, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen.

3) Vgl. Planck, Note 5 z. § 280.

4) Planck, Anm. 1 zu § 326 gibt als Beispiel: Der Verkäufer habe, auch wenn der Käufer in Verzug

mit dem Abschlusse oder mit der Ausführung des Vertrages erstrebte Interesse ist weggefallen. Auch genügt es, dass die Leistung zu dem Zweck nicht verwendet werden kann, für den sie zunächst bestimmt war.[5]

III. Der Fortfall des Interesses ist für die Gegenwart festzustellen, für den Zeitpunkt, in welchem der nichtsäumige Teil von den ihm gewährten Befugnissen Gebrauch macht, nicht ausschliesslich nach der Sachlage zur Zeit des Eintritts des Verzuges.[6]

IV. Der Fortfall des Interesses muss eine Folge des Verzuges sein. Doch ist es gleichgültig, ob er zwar infolge des Verzuges, aber nur in Verbindung mit einer durch den Verzug erforderlich gewordenen Handlung des nichtsäumigen Teils eingetreten ist.[7]

sei, immer ein Interesse an der Leistung des Kaufpreises, aber er habe möglicherweise kein Interesse daran, dass er den Kaufpreis gegen Leistung des Kaufgegenstandes erhalte.

5) Vgl. Staub, Exk. z. § 374, Anm. 88.

6) Motive II, S. 210.

7) Vgl. OLG. Celle, Urteil v. 12. VI. 01, Seufferts Archiv 56, S. 444; Oertmann, Anm. 4, z. § 326; Goldmann-L., Anm. 37, z. S. 386, der noch ausführt: Es handele sich hauptsächlich um den Fall der anderweiten Deckung seitens des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Räume man hier dem Käufer das Recht ein, sich beim Verzuge des Verkäufers sofort anderweit zu decken und sich dann darauf zu berufen, dass er kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages habe, so würde dies einer völligen Beseitigung des Abs. 1 des § 326 nahe kommen. Der Käufer würde regelmässig ohne vor-

V. § 326 Abs. 2 gilt gleichmässig für vollständige oder teilweise Nichtleistung.

VI. Der nichtsäumige Teil hat den Lieferungsverzug und den Mangel des Interesses zu beweisen.

---

herige Fristbestimmung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten können. Der Gläubiger könne sich auf eine solche eigene Handlung, deren Folge der Fortfall seines Interesses sei, nur dann berufen, wenn er sie zu einer Zeit vorgenommen habe, zu der er sie vornehmen musste, um die Befriedigung des Interesses, welche er durch den Vertragsschluss bezweckte, noch zu erreichen.

Zweiter Abschnitt.

Die Wirkungen dieses Tatbestandes.

I. Die Befugnisse des § 326 BGB. im einzelnen.

§ 5.

1. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

A) Die Wirkungen, welche der Abs. 1 des § 326 an die Nichtbewirkung der ganzen Leistung bis zum Ablauf der Frist knüpft, sind: Der nichtsäumige Teil ist jetzt berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.[1]

I. Die Fristsetzung hat also für den nichtsäumigen Teil auch einen Rechtsverlust zur Folge: er verliert

1) Oertmann, Note 3 zu § 326 sagt: Werde die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nicht bewirkt, so trete, wie nach § 283 BGB., eine fingierte Unmöglichkeit der Erfüllung ein mit Wirkung gegen beide Teile, und es komme nun § 325 BGB. zur Anwendung. Der Ausdruck „fiktive Unmöglichkeit" findet sich in den Motiven II, S. 53/54. — Mit Recht hebt aber Romeick S. 23 hervor: In Wahrheit sei es garnicht eine Fiktion, sondern nur eine Verweisung.

das Recht, die Erfüllung zu verlangen. Daher lässt es das Gesetz von seinem Willen abhängen, ob er durch die Bestimmung der Frist eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes herbeiführen will.[2] Der Erfüllungsanspruch ist für beide Teile ausgeschlossen: Der nichtsäumige Teil ist weder berechtigt, die Leistung zu fordern, noch verpflichtet sie anzunehmen.[3]

II. Was zunächst den Schadensersatz wegen Nichterfüllung anlangt, so sind Sondervorschriften für denselben nicht gegeben, die allgemeinen Bestimmungen (§§ 249 ff. BGB.) finden Anwendung.

1. Da es sich hier aber um einen gegenseitigen Vertrag handelt, so frägt es sich, ob die Nichtbewirkung der ursprünglich geschuldeten Leistung seitens des säumigen Teils auch auf die dem Nichtsäumigen obliegende Leistung einen Einfluss ausübt und welchen? — Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung leitet sich aus dem Vertrage her, — dieser hat nicht als aufgehoben zu gelten, — er richtet sich auf Vertragserfüllung im weiteren Sinne; aber es ist nicht die im Vertrage vorgesehene Erfüllung. Nur um die bestimmte Leistung zu erhalten, geht der Gegenkontrahent die bestimmte Verpflichtung ein, die Gegenleistung zu gewähren, man darf beim gegenseitigen Vertrage Leistung und Gegenleistung nicht als fungible Grössen ansehen (vgl. Staffel, S. 468). Wird diese innige Wechselbeziehung durch die Nichtleistung des einen Teiles durchbrochen, so muss dies die Wirkung ausüben, dass der andere Teil auch von seiner

2) Vgl. Planck, Note 2 z. § 250.
3) Goldmann-L. S. 383, b, K.

Leistungspflicht befreit wird, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Dem gibt das Gesetz selber Ausdruck: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen!“ und zwar für beide Teile. An Stelle der beiderseitigen Leistungen tritt der einseitige Interessenanspruch des nichtsäumigen Teiles, d. h. der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch verursacht worden ist, dass der Vertrag so wie vereinbart nicht zur Erfüllung gelangt.[4] [5]

---

4) Diese Auffassung wird m. E. allein der Absicht des Gesetzgebers gerecht, die bisherige Rechtsentwickelung; wie sie sich durch die Art. 354—356 des alten HGB. angebahnt hatte, durch den § 326 BGB. zum Abschluss zu bringen (vgl. Protokolle I, S. 645). Der § 326 unterscheidet prinzipiell nicht, auf wessen Seite der Verzug ist. Eine verschiedene Behandlung, je nachdem der Verkäufer oder Käufer der säumige Teil ist, besteht nicht mehr. Und ebenso verhält es sich bei allen übrigen gegenseitigen Verträgen.

5) Die Frage ist aber sehr bestritten:

I. Zur Zeit der Erlassung des BGB. scheint hierüber kein Zweifel bestanden zu haben. Denn die Denkschrift zum HGB. S. 372 setzt für den Fall des Kaufes als selbstverständlich voraus, dass weder Verkäufer noch Käufer zur Gegenleistung verpflichtet bleiben, wenn sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen, indem sie die Frage, ob der Verkäufer den Kaufgegenstand anderweit verkaufen und einen etwaigen Mindererlös als den ihm durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden geltend machen könne, folgendermassen beantwortet: Während bisher der Käufer in der Art, wie er seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründen wolle, nicht beschränkt sei, müsse bislang der Verkäufer

einen Selbsthülfeverkauf unter Beobachtung der vorgeschriebenen Formen vornehmen und dessen Ergebnis zu grunde legen. Das BGB. kenne eine solche Beschränkung nicht, die der Entwurf für den Handelsverkehr auch nicht aufrecht erhalte, da kein Grund vorliege, den Verkäufer anders zu behandeln als den Käufer und ihn zum Selbsthülfeverkauf zu nötigen, wenn er glaube, seinen Schaden in anderer Weise, namentlich durch blosse Berechnung des Preisunterschiedes, gehörig nachweisen zu können. Die Befugnis des Verkäufers, seinen Schaden auf grund eines anderweiten Verkaufs zu berechnen, bleibe selbstverständlich bestehen.

II. Die Gegner gehen von dem Standpunkt aus, dass der Schadensersatz an die Stelle der Leistung trete, und dass daher der eine Teil, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, auch verpflichtet bleibe, die Gegenleistung zu gewähren:

1) Titze, S. 183—184 für den verwandten Fall des § 325 BGB.: Die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung verwandele sich in die Verpflichtung zu entsprechendem Geldersatz um. Da sich hierdurch der Umfang der schuldnerischen Verbindlichkeit nicht ändere (denn der Schadensersatz stelle das volle juristische Äquivalent der ursprünglichen Leistung dar), so ändere sich zunächst auch an dem Umfange der vom Gläubiger zu entrichtenden Gegenleistung nichts. Es könne also keine Rede davon sein, dass der Gläubiger ipso inre von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei werde. Vielmehr bestehe hier an und für sich die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Zahlung des Entgelts auch nach Eintritt der Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung unverändert fort.

2) Kleineidam, S. 144—145: Bei der Regelung der teilweisen Unmöglichkeit finde sich auch im Gesetze

eine Heranziehung des § 280 BGB., was bestätige, dass der Schadensersatzanspruch des § 325 überhaupt keine selbständige Bedeutung habe. Bei dieser Auffassung der Sachlage ergebe sich dann mit der Notwendigkeit, dass die Gegenleistungspflicht, welche in dieser Bestimmung des § 325 nicht ausdrücklich berücksichtigt sei, in vollem Umfange bestehen bleibe, falls der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehre. Es entspreche gerade der Wertaustauschtheorie, dass der mit dem Ersatz Befriedigte auch die Gegenleistung bewirken müsse.

3) Kisch, S. 132 ff: insbes. Not. 24: Ein Erlöschungsgrund für die Verbindlichkeit des Gläubigers sei nicht ersichtlich. Wer Entschädigung auf grund des Vertrages verlange, wolle denselben als verbindlich behandelt wissen; daraus folge aber, dass er auch seinerseits erfüllen müsse. Vgl. auch Kisch Jherings Jahrb., Bd. 44, S. 68 ff.

4) Endemann, BGB. § 125, Anm. 42, S. 708 und Anm. 27, S. 706—707: Erlange der Gläubiger auf diese Weise das Erfüllungsinteresse, so müsse er Zug um Zug auch die eigene vertragsmässige Leistung bewirken.

5) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, § 98, V, 1 S. 215 und Bd. 2 § 177, Anm. 2, S. 34: Im Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung liege Geltendmachung einer vertragsmässigen Verpflichtung; denn der Vertrag begründe zwar an erster Stelle den Anspruch auf den bedungenen Vertragsgegenstand, in zweiter Linie habe er aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung zum Gegenstande. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, fordere also rechtlich nur eine besondere Art der Vertragserfüllung. Der Säumige könne daher mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages von dem nichtsäumigen Teil die vertragsmässige

Gegenleistung fordern, welche in der Regel Zug um Zug zu leisten sei.

6) Oertmann, BGB. Note 1, a zu § 325: Wähle der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so bleibe er zur Gegenleistung verpflichtet, nur unter eventueller Aufrechnung.

7) Planck, BGB. Note 3, a zu § 325: Bestehe die Gegenleistung in Geld, so könne der Anspruch auf den in Geld zu leistenden Schadensersatz gegen den Anspruch auf die Gegenleistung aufgerechnet und die Ausbezahlung des überschiessenden Betrages verlangt werden. Bestehe die Gegenleistung aber nicht in Geld, wie z. B. beim Tausch, so sei Aufrechnung nicht möglich, und der andere Teil könne Schadensersatz nur gegen Bewirkung der von ihm geforderten Leistung verlangen. — Vgl. ferner Oertmann: Die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch, S. 52 ff. und Jacobi, S. 45 ff.

Einige beschäftigen sich nur mit dem Verkäufer. So:

8) Adler, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht, Bd. 6 (1897), S. 10, 170 ff. Ferner im Archiv für BR., Bd. 17, S. 132 ff: Der Verkäufer habe das Recht auf den Kaufpreis, müsse aber seinerseits die Ware und nicht bloss ihren Wert liefern; eine Aufrechnung sei daher nicht möglich. Der § 326 BGB. gestehe dem Verkäufer ein Recht auf Preisdifferenz überhaupt nicht zu, auch nicht im Wege des Selbsthilfeverkaufs. Auf handelsrechtlichem Gebiete sei der Selbsthilfeverkauf nach § 373 HGB. unzweifelhaft dann möglich, wenn mit dem Leistungsverzuge ein Annahmeverzug konkurriere. — Das synallagmatische Band bleibe bestehen, auch wenn an die Stelle der Vertragsverpflichtung auf einer Seite die Schadensersatzpflicht getreten sei, welche dann eben von dem synallagmatischen Bande ergriffen werde. Es ergebe sich

sonst ein Recht zum Rücktritt, verbunden mit dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. — Ferner bei Holdheim, S. 106 ff: Der Schaden des Verkäufers daran, dass er den Preis nicht erhalte, bestehe nicht in einer Differenz gegen einen anderweiten Preis. Der Selbsthilfeverkauf sei nicht Liquidierung des Schadens, sondern nur Zwangsmassregel zu seiner Hereinbringung. — Ebenso Lehmann u. R., II, S. 131.

9) Kaufmann, in der deutschen Juristenzeitung, Bd. 4 (1899) S. 152: Es bedürfe einer besonderen Ermächtigung, sollte der Verkäufer zur anderweiten Verfügung über die Ware befugt sein. Eine solche Ermächtigung sei weder im § 326 noch sonst im Gesetz enthalten. Jeder Zweifel schwinde gegenüber § 463 BGB., wonach der Käufer wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne. Oder wolle man ernstlich behaupten, dass der Käufer in diesem Falle von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises frei werde?

10) Ähnlich Götte, in der deutschen Juristenzeitung 1899, S. 399.

11) Vgl. ferner Schollmeyer BGB. § 325 Nr. 2 und § 326 Nr. 3. Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag, S. 86. Lehmann-Ring, Bd. 2 z. § 376 Nr. 89, Anm. 1, S. 131.

III. Mit der oben im Text, S. 61 vertretenen Ansicht stimmen überein:

1. Schöller, bei Gruchot 44, S. 616 ff., gleichzeitig für die §§ 325 und 326 BGB. — wie das OLG. Hamburg, Urteil vom 8. X. 01, Rechtspr. IV, S. 16 ff in näherer Begründung ausführt, liege kein Grund vor, dem Ausdrucke Schadensersatz wegen Nichterfüllung im § 325 eine andere Bedeutung beizulegen, als sie dem gleichen Ausdrucke im § 326 beizumessen sei. — Schöller führt aus: Der Gläubiger dürfe bei

der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit nicht schlechter stehen, als bei der zufälligen; in dem letzteren Falle könne er aber gemäss § 323, Abs. 1 BGB. die Gegenleistung verweigern. — Sodann könne gemäss § 325, Abs. 1, S. 2 der Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit hinsichtlich des ganzen Vertrages dann zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die teilweise „Erfüllung des Vertrages" als einer Einheit, d. h. der Austausch der beiderseitigen verminderten Leistungen für ihn kein Interesse habe. Dem entspreche die Bestimmungen des § 326, Abs. 1, S. 3 und des § 326, Abs. 2. Daraus ergebe sich, dass der ganze zweiseitige Vertrag als solcher aufgelöst werde, und nur ein einseitiger Interessenanspruch des Gläubigers übrig bleibe. — Ferner Bd. 45, S. 512 ff. gegen die Ansicht, dass dem Gläubiger Schadensersatz und Rücktritt nebeneinander gewährt würde: Dem Rücktritt lege das Gesetz ganz allgemein den Begriff eines vollständigen Verzichtes auf alle Rechte aus dem gegenseitigen Vertrage unter, und bringe ihn so in Gegensatz zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung als einer besonderen Art der Vertragserfüllung. Das blosse Abstehen von der Naturalerfüllung sei kein Rücktritt im Sinne des Gesetzes, und daher könne von Nebeneinandergewährung von vertraglichem Schadensersatz und Rücktritt überhaupt keine Rede sein, wie immer man sich auch die Gestaltung des ersteren denke. Nur das könne man behaupten, dass der Schadensersatz wegen Nichterfüllung als positives Erfüllungsinteresse mit ähnlichen Folgen verknüpft sei, wie der Rücktritt, indem auch er die Naturalerfüllungspflicht aus dem gegenseitigen Vertrage in Wegfall bringe.

Vgl. auch RG. X, S. 176; OLG. Posen, Urteil vom 3. XII. 00. Rechtsprechung II, S. 33; OLG. Darm-

stadt, Urteil vom 13. XII. 01., Rechtsprechung IV, S. 224: Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit Verpflichtung des Verkäufers, die Ware anzubieten, wäre in Wahrheit nur Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, also nicht das, was § 326 wolle.

2) Staub, Exk. z. § 374, Anm. 21—25, der diese Ansicht noch weiter auf § 376, Abs. 3 HGB. stützt, der ganz unverkennbar davon ausgehe, dass der Verkäufer auch einen anderen Verkauf beim Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu Grunde legen könne. Er wolle den privaten Realisierungsverkauf beim Fixhandelkauf nur dann ausschliessen, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis habe, sonst also offensichtlich zulassen. — Vgl. ferner Cosack § 130, I, 1, S. 451. OLG. Posen v. 3. XII. 00. Rechtsprechung II, S. 33 und v. 13. VII. 01. Monatsschrift für Posen 1901, S. 165. OLG. Hamburg v. 1. II. 01. Rechtspr. II, S. 217. OLG. Darmstadt v. 13. XII. 01, IV, S. 224.

3. OLG. Hamburg, Urteil vom 8. X. 01, Rechtsprechung IV, S. 16 ff.

4. Oswalt, in der deutschen Juristenzeitung 1899, S. 214: Dass der Schadensersatz an die Stelle der Leistung trete, dass Schadensersatz zwar nicht Naturalerfüllung, aber doch Erfüllung sei, seien willkürliche Behauptungen ohne Anhalt im Gesetz. Nichterfüllung sei eben nicht Erfüllung. Die natürliche Auslegung der Worte Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei doch offenbar die, dass der Vertrag, d. h. der ganze zweiseitige von dem Willen der Parteien zu einer Einheit verbunden und nicht auseinander zu reissende Vertrag unerfüllt bleibe, und der Säumige den durch dieses Unerfülltbleiben dem nichtsäumigen Teil entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Natürlich sei bei Berechnung der Schadenssumme die dem Verkäufer erspart bleibende Lieferung der Ware als schadenmindernd in

Rechnung zu bringen — gerade wie in dem von Kaufmann herangezogenen Fall des § 463 die dem Käufer erspart bleibende Zahlung des Kaufpreises.

5. Leo, S. 24 ff.: Es dürfte aber die ganze begriffsmässige Argumentation für und wider in den Hintergrund treten können gegenüber einer Betrachtung des Gesetzes im Rahmen der Rechtsentwickelung und unter Berücksichtigung seiner praktischen und wirtschaftlichen Ziele. — Wenn bei den Ausführungen in den Motiven und Protokollen auch der Nachdruck auf der Gewährung des Rücktrittsrechts liege, so sei doch klar, dass man danach das Recht des HGB. überhaupt verallgemeinern wollte, dass dieses die Grundlage für die jetzige Rechtslage sei. Gerade an den Verkäufer sei gedacht worden, und mit dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung habe man ihm eben so gut wie mit dem Rücktritt ein Recht neben dem aufs Verzugsinteresse geben wollen, so dass es unzulässig sei, jenes einfach wieder aufs Verzugsinteresse zurückzuführen.

Diese Auffassung von Leo, von einem höheren Standpunkte aus das Gesetz zu betrachten, führt m. E. am besten zu einem reinlichen Resultat. — Vgl. noch Urteil vom 11. IV. 02. RG. 50 Nr. 59,[3] S. 262, 53, S. 14; Düringer u. Hachenburg, Bd. 2, S. 155; Förtsch, D. J. Z. 1902, S. 64 ff.; Goldmann-Lilienthal, BGB. Bd. 1 S. 384, S. 381; Staffel, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 92, S. 467 ff.

6. Von Interesse ist noch die Ansicht des ROHG. XX, S. 223 u. XXIV, S. 106: Der nichtsäumige Käufer dürfe den gezahlten Kaufpreis nicht nur bei Rücktritt, sondern auch bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung zurückfordern, und zwar letzteres deshalb, weil auch in letzterem Falle ein faktisches Abgehen vom Vertrage stattfinde, wobei sich die Vertragsverbindlichkeiten in einen Anspruch auf Schadensersatz, welcher nur dem

2. Was der nichtsäumige Teil bei Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern kann, besteht in dem Ersatz des Schadens, der ihm dadurch erwächst, dass der Vertrag, so wie er vereinbart, infolge des dem anderen Teile zur Last fallenden Verzuges nicht zur Ausführung kommt.[6]

a) Der Umfang des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung umfasst stets das gesamte Interesse; es ist der positive Verlust und der entgangene Gewinn zu ersetzen.[7]

b) Die Berechnung des Entschädigungsanspruchs geschieht in der Art, dass auf das Interesse, dass der Nichtsäumige an der unterbleibenden Leistung des säumigen Teiles hat, dasjenige angerechnet wird, was er durch Befreiung von der eigenen Leistung erspart.[8]

c) Die Art und Weise, wie der Nichtsäumige diesen Schaden liquidieren will, steht ihm völlig frei. — Aus dem Begriff des Deckungskaufs heraus, wie er sich im bisherigen Handelsrecht entwickelt hatte, ist für das Recht des BGB. ein für alle gegenseitigen Verträge gemeinsamer Begriff des Deckungsgeschäftes anzunehmen d. h. ein Rechtsgeschäft das der Gläubiger

Käufer zustehe, auflöse, und die Rückforderung des von letzterem schon Geleisteten einen Teil der Entschädigung bilde.

7. Das nähere Eingehen übersteigt den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

6) Vgl. OLG. Hamburg, Urteil vom 8. X. 01, Rechtspr. IV, S. 16 ff.

7) Vgl. ROHG. XI, S. 77, 81.

8) Vgl. Schöller bei Gruchot, 45, S. 522.

im Hinblick auf den Erfüllungsverzug des Schuldners abschliesst, und das den Ersatz für die von dem Schuldner nicht gewährte Leistung darstellt; z. B. Verkäufer ist befugt, die Ware zu verkaufen (RG. 53, S. 14) der Mieter mietet eine andere Wohnung, der Dienstherr dingt einen anderen Dienstboten. Die Differenz trägt der säumige Teil; etwaiger Gewinn verbleibt dem Nichtsäumigen, da das Deckungsgeschäft stets für Rechnung des Nichtsäumigen erfolgt.[9]

Das Deckungsgeschäft ist so vorzunehmen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[10] Der Ort der Vornahme ist in der Regel der Platz, an welchem die Erfüllung dem geschäftlichen Zwecke des nichtsäumigen Teils dienen sollte. — Eine Verpflichtung zum Abschluss eines Deckungsgeschäfts besteht nicht.[11] Doch ist bei Mitschuld des Beschädigten jetzt § 254 Abs. 2 BGB. zu beachten.[12]

d) Für den entgangenen Gewinn normiert § 252 Satz 2 BGB.: es wird hier auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die besonderen Umstände des Falles verwiesen. Diese Ausdrücke entsprechen der Unterscheidung in abstrakten und konkreten Schaden des bisherigen Handelsrechts.[13]

---

9) Vgl. Denkschrift z. HGB., S. 372.
10) Vgl. RG. XI, Seite 198.
11) RG. Jur. W. 1898, S. 167, Nr. 39.
12) Vgl. Düringer u. H. II, S. 156 ff.
13) Ebendort, S. 161.

e) Massgebend für die Schadensberechnung ist der Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges bezw. das Ende der Nachfrist.[14]

f) Der Schadensersatz ist in Geld zu leisten. Der Anspruch kann nicht auf Naturalherstellung gehen, da der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist.

3. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erfolgt durch Klage bei dem Gerichte des Erfüllungsortes. Einer ausdrücklich vor der Klageerhebung abzugebenden Erklärung, dass die Leistung abgelehnt werde, bedarf es nicht (RG. 53 S. 14). Der Anspruch auf Erfüllung und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung können in einer Klage verbunden werden, da sie in einem Eventualverhältnis zu einander stehen.[15] Da der Kläger nach § 255 CPO. verlangen kann, dass die Frist im Urteil bestimmt werde, so ist im Falle

14) Vgl. RG., Urteil vom 2. II. 00, Jurist. Wochenschrift 1900, S. 255: Der Käufer sei nicht berechtigt, mit der anderweiten Anschaffung der Ware beliebig zuzuwarten und dem Verkäufer den in einem willkürlich gewählten Zeitpunkte aufgewendeten Anschaffungspreis in Rechnung zu stellen; er könne vielmehr den Deckungskauf als Grundlage der Schadensberechnung nur benutzen, wenn er alsbald nach Fälligkeit der Lieferung bezw. nach Ablauf der Nachfrist dazu geschritten sei. Das seien in der Rechtsprechung allgemein anerkannte Grundsätze.

15) A. M. Staub, Exk. z. § 374, Anm. 31 und Düringer u. H. II, S. 147. — Die Rechtsprechung lässt aber eine solche Verbindung zu (v. Wilmowsky u. Levy, CPO. I, S. 378).

der Verbindung der Beklagte auch für den Fall zu verurteilen, dass er die Frist zur Erfüllung des primären Spruchs versäumt.[16] Bei der Zwangsvollstreckung über den eventuellen Anspruch muss dann gemäss § 726 Abs. 1 CPO. der Gläubiger den Beweis der Nichtleistung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden führen, um eine vollstreckbare Ausfertigung zu erlangen, resp. gemäss § 731 CPO. aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erheben.

B) Ist die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so is zu unterscheiden, ob die teilweise Erfüllung des Vertrages für den nichtsäumigen Teil Interesse hat oder nicht.

I. Hat der Nichtsäumige an der teilweisen Erfüllung Interesse, so löst sich der ganze Vertrag in 2 Teile auf, in den erfüllten und den noch nicht erfüllten: für den ersteren bleibt alles beim Alten, auch ist für diesen die Gegenleistung zu gewähren, welche, falls sie für die gesamte Leistung einheitlich festgesetzt war, gemäss den für die Wandelung ge-

16) Vgl. Seuffert, Note 4 zu § 255 und Protokolle I, S. 322, welche dazu ausführen: Der Wert, welchen die Verbindung der beiden Klagen für den Gläubiger habe, dürfe nicht überschätzt werden. Denn das Urteil könne für den Fall, dass die Leistung nicht innerhalb der Frist erfolge, nur die Schadensersatzpflicht des Schuldners aussprechen, aber nicht auch den Betrag des zu leistenden Schadensersatzes feststellen, weil für die Berechnung des Schadens der zukünftige Zeitpunkt des Fristablaufs massgebend sei. Vgl. auch Endemann I, S. 702, Anm. 17 u. 18 gegen Schollmeyer.

gebenen entsprechenden Vorschriften herabzusetzen ist (§ 471 BGB.). — In Ansehung des rückständigen Teiles kann der Nichtsäumige, da der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist, nur Schadensersatz wegen der teilweisen Nichterfüllung verlangen.[17] Unter rückständigem Teil ist dabei der gesamte, für die Zukunft ausstehende Teil der Leistung zu verstehen; dies kommt namentlich bei Sukzessivlieferungsgeschäften in Frage.

II. Hat die teilweise Erfüllung für den Nichtsäumigen kein Interesse, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den ganzen Vertrag geltend machen. Die §§ 346 bis 356 BGB. finden hier entsprechende Anwendung. Der Nichtsäumige ist danach nicht gehindert, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, wenn er den empfangenen Teil der Leistung wegen zufälligen Unterganges überhaupt nicht oder wegen einer durch Zufall oder Verschulden eingetretenen Verschlechterung nicht unversehrt zurückzugewähren imstande ist. Der Nichtsäumige hat die Teilleistung nur vorläufig, unter dem Vorbehalte der Ergänzung angenommen. Bis zur Ergänzung muss sie auf Gefahr des Säumigen stehen;

17) Vgl. Staub, Exk. z. § 374, Anm. 109 ff. und Eneccerus u. Lehmann I, S. 493, Anm. 2: Ausdrücklich gesagt sei dies zwar nicht, es gehe aber aus dem Zusammenhang des § 326 mit Sicherheit hervor. Es müsse die Regel des Satz 2 des § 326 gelten, d. h. der Gläubiger habe das Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt, jedoch nur wegen des nichterfüllten Teiles. Dies entspreche auch durchaus der Billigkeit.

ein Zufall, der sie trifft, kann nicht bewirken, dass sie trotz des Ausbleibens der Ergänzung das Schuldverhältnis teilweise erledigt.[18] Der Nichtsäumige kann aber gemäss § 355 BGB. im Wege der Fristbestimmung mit seinem Anspruch ausgeschlossen werden.

Nach denselben Grundsätzen ist der Fall zu behandeln, wenn der säumige Teil nur mit einem Teile der Leistung in Verzug gekommen ist.

C. Bei mangelndem Interesse an der Erfüllung des Vertrages gemäss Abs. 2 des § 326 erwächst dem nichtsäumigen Teil der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unmittelbar infolge des Verzuges.[19]

D. Keinen Unterschied macht es, ob der nichtsäumige Teil seinerseits bereits geleistet hat. Zurückfordern kann er seine Leistung bei Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht, das wäre sonst Rücktritt. Sein Schaden besteht eben darin, dass der Säumige nicht erfüllt, während er, der Nichtsäumige, bereits erfüllt hat.[20]

---

18) Protokolle I, S. 320.

19) Neumann, Note II, 3 zu § 326 meint: Der § 323, Abs. 1 sei nicht anwendbar, da § 326 nur auf § 325, Abs. 1, S. 2 nicht auch auf S. 3 verweise. — Dagegen Romeick, S. 33 f.: Es sei nicht nötig gewesen, den Satz 3 des § 325, Abs. 1 in § 326 anzuziehen; aus dem Fehlen dieser Verweisung folge nicht die Unanwendbarkeit des § 323; die Anwendbarkeit des § 323 sei vielmehr selbstverständlich. Dem ist m. E. beizutreten.

20) Vgl. Denkschrift z. HGB. S. 373: Dass der Verkäufer die Ware, nachdem sie in das Eigentum des Käufers übergegangen sei, nicht mehr verkaufen könne,

§ 6.

2. Der Rücktritt vom Vertrage.

I. Nach dem Abs. 1 des § 326 BGB. kann der nichtsäumige Teil, wenn bis zum Ablauf der Frist die ganze Leistung nicht bewirkt ist, anstatt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, auch von dem Vertrage zurückzutreten.[1] [2]

um das Verkaufsergebnis seinem Schadensersatzanspruche zu Grunde zu legen, brauche nicht besonders bestimmt zu werden, es bedürfe umgekehrt einer besonderen Vorschrift, um eine Ermächtigung zum Verkaufe der fremden Sache zu begründen. — Ferner Staub, Exk. zu § 374, Anm. 100: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung werde sich daher meist mit dem Anspruch auf Nichterfüllung und auf Schadensersatz wegen verspäteter Nichterfüllung decken, jedoch nicht immer, z. B. dann nicht, wenn der Verkäufer noch andere Leistungen zu machen habe, die ihm in diesem Falle erspart blieben, besonders wenn der Verkäufer nur zum Teil erfüllt habe. A. M. ist Schöller bei Gruchot 44, S. 632 ff., der zu dem sonderbaren Resultat kommt, dass der nichtsäumige Teil vom Säumigen seine Leistung nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern dürfe, dagegen der Säumige vom Nichtsäumigen nach den strengeren Vorschriften des Rücktrittsrechts. Dem ist m. E. nicht beizutreten.

1) Bei der Abfassung des BGB. war streitig, ob beim Rücktritt das ganze Geschäft aufgehoben sei, oder ob bei Fortbestand des Vertrages für beide Teile Gegenverpflichtungen entständen, nach welchen sich die Parteien so zu behandeln hätten, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Die Motive (II, S. 280) vertreten die letztere Ansicht. Bei der 2. Lesung war aber

1. Der Rücktritt bildet einen Fall der Vertragsaufhebung durch einseitige Willenserklärung der Partei.

2. Die Möglichkeit des Rücktritts ist kein subjektives Recht; sie ist vielmehr eine Befugnis im eigentlichen Sinne, eine Ermächtigung d. h. die Fähigkeit, durch bestimmte Handlungen subjektive Rechte aufzuheben oder zu begründen. Daher verjährt sie nicht; es verjährt aber der aus dem Rücktritt hervorgegangene Anspruch.[3]

3. Der Rücktritt des § 326 beruft unmittelbar auf Gesetz, nicht auf Parteivorbehalt.

4. Die Ausübung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil (349). Die Rücktrittserklärung ist unteilbar. Steht das Rücktrittsrecht mehreren zu, so muss es von allen ausgeübt werden. Richtet es sich gegen mehrere Schuldner, so muss es gegenüber allen erklärt sein. Erlischt es für einen Berechtigten, so ist es für alle erloschen (§ 367).

5. Die entstandene Befugnis kann wieder entfallen durch Verzicht. Der Rücktritt kann ausgeschlossen sein durch die in den §§ 351 bis 353 erwähnten Umstände. Die Befugnis kann erlöschen durch fruchtlosen Ablauf der vom säumigen Teil dem Nichtsäumigen für seine Erklärung gesetzten Frist (§ 355).

---

die gegenteilige Meinung schliesslich siegreich. (Protok. I, S. 789, VI, 788).

2) Gemäss § 327, Satz 1 finden auf dieses Rücktrittsrecht die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 entsprechende Anwendung.

3) Kisch, S. 135 f.

6. Der vollzogene Rücktritt hebt das Vertragsverhältnis auf; die Auflösung tritt infolge der Erklärung kraft Rechtens ein und zwar für Vergangenheit und Zukunft. Er begründet unter den Parteien ein neues auf Rückgewähr gerichtetes Verhältnis. Diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Art. Die bereits eingetretenen dinglichen Wirkungen werden durch die Aufhebung des Schuldverhältnisses nicht berührt. — Hinsichtlich der Zurückgewährung haftet der Schuldner von dem Moment des Empfanges der Gegenleistung an für die Unmöglichkeit der Herausgabe, insbesondere wegen Verschlechterung und Untergangs der Sache nach den Vorschriften, welche für des Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit ab gelten (§ 347, §§ 989ff.). Er steht also für die Folgen seines Verschuldens ein. Ein solches basiert auf der in jedem zweiseitigen Vertrage anzunehmenden eventuellen Rückersatzpflicht. Er darf vor Erfüllung seiner Leistung die ihm gemachte Gegenleistung nicht als unbedingt ihm gehörig betrachten.[4]

7. Gerät der Gläubiger mit der Rückleistung in Verzug, so greift die Fristbestimmung aus § 354 Platz; mit deren Ablauf wird der Rücktritt wieder unwirksam.

II. Bei teilweiser Nichtbewirkung bis zum Ablauf der Frist kommt es auch beim Rücktritt auf das Interesse des nichtsäumigen Teiles an (RG. 50, S. 142). Die zulässige analoge Anwendung der beiden ersten Sätze des § 326 auf den Fall der Teilerfüllung ergibt,

4) Vgl. Düringer u. H. II, S. 167.

dass Gläubiger ein Rücktrittsrecht nur hinsichtlich des ausstehenden Teiles der Erfüllung hat.

1. Hat der Nichtsäumige an der teilweisen Erfüllung Interesse, so kann er nur wegen des noch ausstehenden Restes der Leistung sein Rücktrittsrecht ausüben, muss aber dann auch für den bereits bewirkten Teil der Leistung die entsprechende Gegenleistung gewähren.

2. Hat der Nichtsäumige an der teilweisen Erfüllung kein Interesse, so kann er den Rücktritt in Bezug auf den ganzen Vertrag geltend machen.

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der säumige Teil nur mit einem Teile der Leistung in Verzug geraten ist.

II. Bei mangelndem Interesse an der Erfüllung des Vertrages gemäss Abs. 2 des § 326 erwächst dem nichtsäumigen Teil das Rücktrittsrecht unmittelbar infolge des Verzuges.

IV. Wählt der nichtsäumige Teil das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, so kann er weder entgangenen Gewinn noch den ihm positiv erwachsenen Schaden z. B. im Falle des Kaufes Lagerungskosten, Transportkosten, Provisionen geltend machen; dagegen könnte der Käufer natürlich gemäss § 347 Frachtauslagen und sonstige Verwendungen ersetzt verlangen. Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wäre nicht unvereinbar mit dem Rücktritt; aber das Gesetz erkennt einen solchen Anspruch nicht an.[5]

5) Cosack, BR. I, § 123 Nr. 6 will dem Zurücktretenden einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des negativen Vertragsinteresses gewähren; aber mit

§ 7.

II. Die Befugnisse des § 326 BGB. in ihrem Verhältnis zu einander.

I. Zwischen dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rücktritt vom Vertrage bestehen wesentliche Unterschiede:

1. Wählt der nichtsäumige Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so bleibt der Vertrag, wenn auch mit verändertem Inhalt bestehen.[1] Dieselben Regeln, wie für den Erfüllungsanspruch, kommen zur Anwendung, der Erfüllungsort bleibt derselbe, ebenso der für die Erfüllungsklage begründete Gerichtsstand des § 29 CPO., Bürgen und Pfänder haften weiter, eine etwa bedungene Konventionalstrafe verfällt nicht.

2. Tritt der nichtsäumige Teil dagegen vom Vertrage zurück, so wird das ganze Schuldverhältnis aufgehoben. Die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien kommen in Wegfall, gleich als wenn der Vertrag nicht abgeschlossen wäre.

II. Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage schliessen einander aus:

1. Für die einzelnen Teile der geschuldeten Leistung kann der nichtsäumige Teil nicht verschiedene Befugnisse geltend machen; eine solche Zerlegung des einheitlichen Vertrages wäre nicht statthaft. Jede der

Unrecht. Denn „Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadensersatz schliessen sich aus." Vgl. Motive II, S. 210 und Staub, Exk. zu § 374, Anm. 32.

1) Vgl. RG. X, S. 180.

Wirkungen erstreckt sich notwendig auf die ganze Leistung.[2]

2. Der nichtsäumige Teil darf die ihm gewährten Befugnisse auch nicht gleichzeitig für den ganzen Vertrag ausüben; das ergibt sich aus der Verschiedenheit ihres Wesens.

III. Damit eine der im § 326 BGB. vorgesehenen Folgen eintreten können, ist eine Wahl des nichtsäumigen Teils erforderlich.

1. Ein Wahlrecht zwischen dem Anspruch auf Erfüllung auf der einen, dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder der Befugnis zum Rücktritt vom Vertrage auf der anderen Seite besteht nicht. Der nichtsäumige Teil muss nicht zwischen diesen beiden Eventualitäten seinen Entschluss fassen. Der Säumige hat kein Recht auf eine Entscheidung des Nichtsäumigen. Er kann die Ungewissheit nur dadurch beenden, dass er den Verzug durch das tatsächliche Anbieten der Erfüllung beseitigt.[3]

2) Vgl. aber ROHG. IX, S. 119—122: Bei sukzessiven Leistungen sei der Nichtsäumige berechtigt, wegen eines Teiles der ihm geschuldeten Leistung Erfüllung, wegen eines anderen Sachadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, und sei nicht gezwungen, bezüglich sämtlicher Lieferungen nur eine und dieselbe Alternative zu fordern.

3) Vgl. Düringer u. H. II, S. 150. Unrichtig Staub, Exk. zu § 374, Anm. 68: Der nichtsäumige Teil habe die Befugnis zu wählen, ob er das primäre Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung behalten oder statt dieses Rechtes die Befugnis erlangen wolle, eines der beiden anderen (sekundären) Rechte geltend zu machen.

2. Nach Ausscheidung des Erfüllungsanspruchs stehen dem nichtsäumigen Teil zur Wahl das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder die Befugnis des Rücktritts vom Vertrage.[4] Diese Wahl übt er aus durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

3. Eine Frist für die Ausübung der Wahl ist nicht vorgeschrieben. Doch kann der Säumige eine angemessene Frist bestimmen, nach deren Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt.[5]

4. Besondere Vorschriften über die Wahl sind nicht getroffen. Man muss annehmen, dass die einmal geschehene Erklärung unwiderruflich ist.[6] Für den Rücktritt folgt dies ohne weiteres aus der daran geknüpften Auflösung des Vertrages. Der Grundsatz

---

4) Eine Ausnahme bestimmt § 454 BGB., wonach der Verkäufer, wenn er die Ware übergeben und ausserdem den Kaufpreis gestundet hat, beim Zahlungsverzuge des Käufers nicht mehr zurücktreten kann.

5) Im übrigen kommen auch hier die oben S. 35 unter 7 entwickelten Grundsätze zur Anwendung. Mit Recht hebt aber Lehmann u. R. II, S. 128 hervor: Freilich sei hierbei besonders vorsichtig zu verfahren. Denn nachdem durch die Fristsetzung der Nichtsäumige seinen Entschluss, die Annahme der Leistung zu verweigern, kundgegeben habe, sei seine nachträgliche Genehmigung nur bei Vorhandensein besonderer darauf hindeutender Umstände anzunehmen. Und anderseits sei durch BGB. § 355 dem Säumigen ja die Möglichkeit gewährt, die Ausübung des Rücktritts zu beschleunigen, so dass er sich die Folgen selbst zuzuschreiben habe, wenn er dies unterlasse.

6) ROHG. I, S. 263; III, S. 203, 280; VII, 389, XXIV, S. 331.

muss aber auch gelten, wenn sich der nichtsäumige Teil für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung entscheidet. [7]

---

7) I. Schollmeyer, Note 5 zu § 325 betont richtig, dass es sich hier um ein alternatives Schuldverhältnis nicht handele, bei welchem mehrere Leistungen in der Weise geschuldet würden, dass nur die eine oder die andere zu bewirken sei (§ 262), sondern lediglich um eine facultas alternativa.

II. Alle Schriftsteller stimmen darin überein, dass durch die Erklärung des Rücktritts die anderen Befugnisse beseitigt würden.

III. Wegen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung weichen sie von einander ab:

1. Schöller, bei Gr. 45, S. 524 ff. meint: Die Ersetzung der gegenseitigen Vertragserfüllungspflicht durch den Interessenanspruch vollziehe sich ipso iure, ohne dass es irgend welcher Erklärung des Gläubigers bedürfe. Das widerspricht m. E. dem Wortlaut des Gesetzes.

2. Schollmeyer, Note 5c zu § 325. Wenn der Nichtsäumige Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen zu wollen, erkläre, so könne er sich noch nachträglich für den Rücktritt vom Vertrage entscheiden, soweit dies ohne Verstoss gegen Treu und Glauben zulässig sei. — Ähnlich Titze, S. 156: Das Wahlrecht des Gläubigers erlösche nicht schon durch die Erklärung gegenüber dem Schuldner, sondern erst durch Verwirklichung.

3. Dagegen Planck, Note 2 zu § 325: Auch beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung dürften überwiegende Gründe für die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 273 Abs. 1 BGB., also dafür sprechen die Wahl durch die Erklärung des Berechtigten als unwiderruflich vollzogen anzusehen. Dies erfordere das

5. Notwendig ist aber, dass der nichtsäumige Teil sein Wahlrecht kennt. Dies kommt nicht nur in Frage bei der durch Erklärung erfolgenden Wahl, sondern auch bei der gerichtlichen Geltendmachung.[8]

Interesse des Schuldners und die Rücksicht auf Treu und Glauben.

Ebenso Kisch, S. 158; Oertmann, Note 2 zu § 325, gemäss des Prinzips des § 242 BGB. — Zusammenfassend Romeick, S. 107: Ein insvariandi könne dem Gläubiger nicht zugestanden werden; habe er sich auf Grund der von ihm im Sinne des § 326 getroffenen Fristbestimmung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage entschieden — gleichviel ob vor Ablauf der Frist oder erst nach Ablauf derselben — so sei er hieran gebunden; der Hinweis Planck's auf die Unwiderruflichkeit der Wahl bei der Alternativobligation treffe zu, ohne durch die Ausführungen Schollmeyers erschüttert zu werden; müsse die Wahl des Gläubigers bei der Alternativobligation eine unwiderrufliche bleiben, so müsse seine Entscheidung hier, wo es sich um kein eigentliches Wahlrecht, sondern nur um eine facultas alternativa des Gläubigers handele, wo der Gläubiger erstmals einseitig setze, was Rechtens sein solle, um so mehr unabänderlich sein. — Dem ist m. E. beizutreten.

8) Vgl. Planck, Note 2 zu § 325.